دكتور
خليفة بابكر الحسن
رئيس قسم الشريعة الاسلامية
جامعة الخرطوم (سابقا)
استاذ مساعد بكلية الشريعة والقانون
جامعة الامارات العربية المتحدة

الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
تليفون ٩٣٧٤٧٠

الطبعـــة الأولى

١٤٠٧هـ ـــ ١٩٨٧م

دار التوفيق النموذجية
للطباعة والجمع الآلي
الأزهر: ٣ حيضان الموصلي
بجوار جامع الرحمة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد بن عبد الله ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه وسلم .

وبعد ..

فان هذا الكتاب يضم بحوثا فى الأدلة المختلف فى الاستدلال بها عند الأئمة المجتهدين ، ومن بعدهم أصوليو مذاهبهم الذين حملوا لنا ذلك الاختلاف ، وكشفوا عنه ، وهم يتناولون أصول مذاهبهم المختلفة بالبيان والتوضيح . ولارتباط ذلك الاختلاف بالأصوليين لوروده على ألسنتهم ، فقد سميتها بـ « الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين » .

والغرض الذى تخدمه هذه البحوث مجتمعة هو التعريف بتلك الأدلة ، وبيان آراء العلماء فيها ، ومدى اعتداد من اعتد منهم بها ، ومدى رفض من رفض منهم الأخذ بها مع بيان أدلة الفريقين فى ذلك ، وذلك كله بهدف تهيئة هذه الأدلة للدراسين ، وتيسيرها عليهم بطريقة تقفهم عليها وهى مجمعة الأطراف ، مرتبة الأدلة ، محررة الموضوعات .

وقد تمثل منهجى فى الوصول الى تلك الغاية فى :

تمهيد عن الأدلة عموما فى الشريعة الاسلامية بطريقة تقود للحديث

عن الأدلة المختلف فيها ، ثم رتبت الأدلة المختلف فيها — بعد ذلك — فى فصـــول :

الفصل الأول : فى الاستحسان •

الفصل الثانى : فى المصالح المرسلة •

الفصل الثالث : فى العـــرف •

الفصل الرابع : فى سد الذرائع •

الفصل الخامس : فى الاستصحاب •

الفصل السادس : فى قول الصحابى •

الفصل السابع : شرع من قبلنا •

أسأل الله التوفيق والسداد ، وأن يكون عملى هذا عملا خالصا لوجهه الكريم ، انه سميع مجيب الدعاء ••

د• خليفة بابكر الحسن

*****

تمهيد

عن الأدلة الشرعية

الأدلة جمع دليل ، والدليل في اللغة : الهادى الى أى شىء حسيا كان أو معنويا خيرا أو شرا ، وفى الاصطلاح هو ما يستدل بالنظر الصحيح فيه على حكم شرعى عملى على سبيل القطع أو الظن[1] هذا ويعرفه بعض الأصوليين بأنه ما يستفاد منه حكم شرعى عملى على سبيل القطع « أما ما يؤخذ منه الحكم الشرعى العملى على سبيل الظن كالقياس والمصالح فيسمونها أمارة لا دليل »[2] لكن المشهور هو الاطلاق الأول ولهذا جاء تقسيم الأدلة الى أدلة قطعية كالكتاب والسنة المتواترة ، وأدلة ظنية كخبر الواحد والقياس ..... الخ .

والأدلة التى ينظر فيها لتحصيل الحكم الشرعى اجمالا — مع مراعاة ما عساه أن يكون فى بعضها من خلاف — هى :

١ — الكتاب .

٢ — السنة .

٣ — الاجماع .

٤ — القياس .

٥ — الاستحسان .

٦ — المصالح المرسلة .

٧ — العرف .

---

(١) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٤ ، وعلم أصول الفقه للمرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٢٠ .

(٢) شرح الأسنوى على المنهاج ١٦/١ .

٨ — سد الذرائع .

٩ — الاستصحاب .

١٠ — شرع من قبلنا .

١١ — مذهب الصحابى .

وتسمى أيضا بأصول الأحكام وبمصادر الأحكام .

وهـذه الأدلة تنقسم الى نوعين باعتبارين مختلفين فهى أولا — من ناحية النقل والعقل — تنقسم الى أدلة نقلية وهى الأدلة التى يكون أساسها النقل وليس للمجتهد دخل فى تكوينها وايجادها وهى الكتاب والسنة ويلحق بهما الاجماع ، ومذهب الصحابى ، وشرع من قبلنا .

وأدلة عقلية وهى الأدلة المعتمدة على الرأى والاجتهاد والتى يكون للمجتهـد دخل فى تكوينها ووجودها كالقياس ، والمصالح المرسلة والاستحسان والعرف وسد الذرائع والاستصحاب .

وهـذه القسمة — كما يقول الشاطبى — بالنسبة الى أصول الأدلة والا فكل واحد من الضربين مفتقر الى الآخر ، لأن الاستدلال بالمنقولات لابد فيه من النظر والاجتهاد لفقه النص وبيان المراد منه ، كما أن الرأى والاجتهاد لا يعتبر شرعا الا اذا كان مستندا الى النقل مستمدا شرعيته ووجوده منه[٣] .

والأدلة الشرعية وان انقسمت الى هذين القسمين فان الأصل فيها الأدلة النقلية لأن الأدلة العقلية كما ذكرنا لم تثبت بالعقل وانما ثبتت بالنقل . وقد ترجع الأدلة كلها الى القرآن الكريم اذا راعينا أن السنة ثبتت حجيتها به وأنها جاءت مبينة له شارحة لمعانيه وأن الاجماع وغيره من الأدلة نقلية وعقلية تكتسب حجيتها من نصوصه .

وتنقسم من ناحية الاتفاق عليها وعدمه الى أدلة متفق عليها بين

---

(٣) الموافقات للشاطبى ٤١/٣ .

جمهور العلماء وهى الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، وأدلة مختلف فيها لم يتفق جمهور العلماء على الاستدلال بها •

هــذا وقد درج المتقدمون من الأصوليين على تناول الأدلة المختلف فيها فى مبحث الاستدلال(٤) •

وفى صدر حديثهم هناك عنها يعرفون الاستدلال فى اللغة بأنه طلب الدليل والطريق المرشد الى المطلوب ، وفى الاصطلاح عبارة عن دليل لا يكون نصا ولا اجماعا ولا قياسا(٥) •

ويذكرون فيه أنواعا عديدة منها :

التلازم بين الحكمين من غير تعيين علة ، مثل : كل وضوء عبادة وكل عبادة تفتقر الى النية ، فيلزم منه كل وضوء يفتقر الى النية ، واستصحاب الحال ، وشرع من قبلنا والاستحسان عند القائلين به من الحنفية والمــالكية والحنابلة ، والمصالح المرسلة التى اشتهر المــالكية فى القول بهــا(٦) •

ثم يلحقون به الحديث عن قول الصحابى ، وسد الذرائع(٧) •

وبما أن التلازم بين الحكمين من تعيين علة الذى يرد الحديث عنه عندهم فى صدارة مباحث الاستدلال ترجع خلاصته الى الاستدلال بالأقيسة الاستثنائية والاقترانية فسوف نصرف الحديث عنه هنا لأيلولته الى علم المنطق(٨) •

---

(٤) يأتى هذا المبحث عندهم فى مرحلة متأخرة قبل مباحث الاجتهاد والتقليد التى يختمون بها — فى العادة — مباحثهم الأصولية — راجع الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٦١/٢ وما بعدها : والأســنوى على المنهاج ١٢٦/٣ وما بعدها وشرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢٨٠/٢ وما بعدها ، وارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٠٧ وما بعدها .

(٥) الاحــكام فى أصول الأحــكام للآمدى ١٦١/٤ ، وارشــاد الفحول ص ٢٠٧ .

(٦) انظر المراجع السابقة عند تناولها للاستدلال .

(٧) ارشاد الفحول ص ٢١٣ ، ٢١٧ ، وأصول الفقه الاســلامى للدكتور وهبة مصطفى الزحيلى ٧٣٣/٢ .

(٨) ارشاد الفحول ص ٢٠٧ .

وفى ضوء ذلك نقصر حديثنا عن الأدلة المختلف فيها التى شاع عند المتأخرين من الكاتبين فى علم أصول الفقه تناولها ، والتى يرجع طرف كبير من الاختلاف بين الأئمة المجتهدين الى الاختلاف فيها[٩] . وهى :

١ ــ الاستحسان .

٢ ــ المصالح المرسلة .

٣ ــ سد الذرائع .

٤ ــ الاستصحاب .

٥ ــ شرع من قبلنا .

٦ ــ مذهب الصحابى .

* * *

---

(٩) انظر فى أثر الاختلاف فى هذه الأدلة فى اختلاف الفقهاء « تخريج الفروع على الأصول » للزنجانى (اختلافهم فى الاستصحاب) ص ٧٩ (اختلافهم فى قول الصحابى) ص ٨٢ (اختلافهم فى المصالح المرسلة) ص ١٦٩ (اختلافهم فى شرع من قبلنا) ص ١٩٨ .

الفصل الأول

الاستحسان

● تعريف الاستحسان :

الاستحسان فى اللغة استفعال من الحسن وهو عد الشيء حسنا واعتقاده كذلك ، تقول : استحسنت كذا أى اعتقدته حسنا[1] .

وفى الاصطلاح الأصولى اختلفت تعريفاته فى مذهبى الحنفية والمالكية وهما المكثران من الأخذ به ، وترتب على ذلك اختلافهم فى أقسامه أيضا ..

ونحن هنا نعرض لتعاريف كل من المذهبين له ثم نتبع ذلك برأى المذاهب الأخرى والأصوليين خالصين من ذلك كله الى توضيح هذا الأصل من الأصول المختلف فيها ..

* * *

● تعريف الاستحسان عند الحنفية :

اختلف الأصوليون من الحنفية فى تعيين المراد بالاستحسان عندهم اختلافا كبيرا يبدو من كثرة تعاريفهم له فعرفه أبو الحسن الكرخى منهم بقوله : « هو أن يعدل الانسان عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها الى خلافه لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول »[2] ..

وعرفه الجصاص بما هو أوضح من ذلك فقال : « انه ترك القياس الى ما هو أولى منه وهو على وجهين أحدهما أن يكون فرعا يتجاذبه

---

(١) راجع كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى ١١٤٣/٤ والاحكام للآمدى ٢٠٠/٣ .

(٢) انظر فى تعريف الكوخى كشف الأسرار ١١٤٣/٤ ، وأصول السرخسى ٢٠٠/٢ ، والتلويح على التوضيح ٨١/٢ .

أصلان يأخذ الشـــبه من كل واحد منهما فيجب الحاقه بأحدهما دون الآخر لدلالة توجبه وهـــذا أغمض أنواعه • وثانيهما هو تخصيص الحـــكم مع وجود العلة وذلك قد يكون بالنص أو الأثر أو الاجماع او بقياس آخر أو بعمل آخر »[٣] •

وعرفه بعضهم بأنه : « العدول عن موجب القياس الى قياس أقوى منه »[٤] •

وعرفه آخرون بأنه : « تخصيص قياس بدليل أقوى منه »[٥] ووقف بعضهم به عند قولهم انه قياس خفى ، وانما سمى استحسانا لأنه فى الأغلب يكون أقوى من القياس الظـــاهر فيكون الأخـــذ به مستحسنا[٦] •

هـــذه المجموعة من التعريفات هى جملة تعريفاتهم له ، ومنهـــا يتضح أن بعضهم عرفه بطريقة تجعله شاملا لكل الأقسام المـــأثورة عنهم — كما هو صنيع الجصاص الذى عرفه كما أوردنا بأنه : « ترك القياس الى ما هو أولى منه وهو على وجهين : أحدهما : أن يكون فرعا يتجاذبه أصلان يأخذ الشبه من كل واحد منهما فيجب الحاقه بأحدهما دون الآخر لدلالة توجبه وهـــذا أغمض أنواعه •

وثانيهما : هو تخصيص الحكم مع وجود العلة وذلك قد يكون بالنص أو الأثر أو الاجماع أو بقياس آخر أو بعمل آخر » فان هـــذا التعريف يشمل كل أقسام الاستحسان عند الحنفية التى سوف نأتى على ذكرها بعـــد •

وبعضهم جعله شاملا ولكنه لم يبين الأقسام وأبهمها واكتفى بأن جعله تخصيص قياس بدليل أقوى منه كتعريف الكرخى الســـابق ، وتعريفهم له بأنه « تخصيص قياس بدليل أقوى منه » •

---

(٣) راجع تعليل الأحكام لفضيلة الشـــيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٣٤ •

(٤) كشف الأسرار ١١٢٤/٤ ، والاحكام للآمدى ٢٠١/٣ •

(٥) انظر المرجعين السابقين • (٦) كشف الأسرار ١١٢٣/٤ •

كما أن بعضهم الآخر عرفه بطريقة قصرت عن أن تعم كل أقسامه ووقفوا به عند حد واحد وهو أنه العدول عن القياس الى قياس أقوى منه « العدول عن موجب القياس الى قياس أقوى منه » وقصره بعضهم على القياس الخفى وحده (راجع التعاريف السابقة) ..

هـذا هو اختلاف الحنفية فى تعريف الاستحسان فما سببه ؟

سبب هذا الاختلاف يرجع الى أن الامام أبا حنيفة — رضى الله عنه — وهو امام المذهب آثرت عنه كلمة « الاستحسان » فى استعمالاته وهو يفرع الأحكام تطبيقا على الحوادث ، كما أن تلاميـذه سلكوها ضمن أدلته التى يعتمد عليها من غير أن يرد تحـديد ضابط لهـا . روى « أن الامام أبا حنيفة كان يمضى الأمور على القياس فاذا قبح القياس كان يمضيها على الاستحسان مادام يمضى له فاذا لم يمض له رجع الى ما يتعامل به المسلمون »[7] وروى أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فاذا قال أستحسن ، لم يلحق به أحد[8] .

ومن فتاواه — التى استخدم فيها كلمة الاستحسان — فتواه فيمن قضى بجلده لثبوت الزنا عليـه فلم يكمل عليـه الحد أو أكمل فشهد شـاهدان باحصانه فان القياس أن يرجم ، لأنه محصن لكن الامام أبا حنيفة يقول فى ذلك : « القياس أن يرجم ولكنا نستحسن فيدرأ عنه حد الرجم وما بقى عليه من الحد لأنى أكره أن أرجمه وقد أقمت عليه حد الضرب فيكون قد أقيم عليه حدان فى زنا واحد فهذا قبيح لا يستقيم فى الاستحسان »[9] .

كل ذلك ورد على لسان الامام أبى حنيفة واستخدمه فى تفريعاته الفقهية فاجتهد الأصوليون المتأخرون لبيان المراد بالاستحسان الوارد على لسان امامهم وفى فتاواه وحاولوا ضبطه فنظر كل فريق منهم الى جزء من هـذه الفتاوى وحدد المراد فى ضوئه ، والا فان الاستحسان

---

(٧) مناقب الامام أبى حنيفة للمكى ٨٢/١ .
(٨) المرجع السابق والصفحة نفسها .
(٩) الجامع الكبير ص ١٦٥ .

شـامل لكل هـذه الأقسام كما عرفه بذلك الجصاص الذى اتفقت معه بعض التعريفات الأخرى وان تخلفت عنه فى ابانة هـذه الأقسام ، وبناء على هـذا فان تعريف الجصاص هو التعريف الذى نعتمد عليه لشموله لكل أقسام الاستحسان عند الحنفية .

* * *

● أقسام الاستحسان عند الحنفية :

فى ضوء تعريف الجصاص السابق فان الاستحسان ينقسم عند الحنفية الى قسمين أساسيين : استحسان سببه معارضة قياس خفى لقياس جلى ، واستحسان سببه معارضة القياس لأدلة شرعية أخر .

والقسم الأول من هذين القسمين يكون فيما اذا تعارض قياسان أحدهما ضعيف الأثر مع ظهوره وجلائه ، وثانيهما قوى الأثر مع خفائه واستتاره ففى مثل هـذه الحال يسمى الأخذ بالقياس القوى الأثر مع خفائه استحسانا — أى قياسا مستحسنا وهو ضرب من العمل بأقوى القياسين — ومن أمثلته :

١ — ما نص عليه فقهاء الحنفية من أن الواقف اذا وقف أرضا زراعية تدخل فى وقفه لها حقوق الارتفاق كحق المسيل وحق الشرب وحق المرور تبعا ، وان لم ينص على وقفها ، وهذا الحكم عندهم مبنى على الاستحسان الناتج عن تقديم القياس الخفى على القياس الجلى . فان القياس الجلى الحاق الوقف بالبيع لأن كلا منهما اخراج ملك من يد صاحبه وعقد البيع لا تدخل فيه حقوق الارتفاق الا اذا نص صراحة على دخولها . والقياس الخفى الحاق الوقف بالاجارة لأن كلا منهما مقصود به الانتفاع فكما تدخل حقوق الارتفاق ففى عقد الاجارة من غير نص صريح عليها لعدم تأت الانتفاع بدونها كذلك تدخل فى عقـد الوقف لأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ولا يكون هـذا الانتفاع بالأرض الا بدخول حقوق الارتفاق فتدخل فى الوقف بدون ذكرها لأن المقصود لا يتحقق الا بها .

فهنا تعارض قياسان : جلى يقتضى الحاق الوقف بالبيع ، وخفى

يقتضى الحاق الوقف بالاجارة فقضى فقهاء الحنفية بتقديم القياس الخفى على الجلى استحسانا .

٢ — ما نص عليه فقهاء الحنفية من طهارة سؤر سباع الطير فان القياس الجلى فيها النجاسة الحاقا لها بسؤر سباع الوحش بجامع ما بينهما من حرمة التناول ، غير أن هذا القياس يعارضه أن السباع ليست نجسة العين بدليل الانتفاع بها ، وانما جاءت نجاسة سؤرها لأنها تشرب بلسانها وهو رطب من لعابها ، ولعابها يتحلب من لحمها ، وهـذا لا يوجد فى سباع الطير ، لأنها تأخذ الماء بمنقارها ثم تبتلعه ومنقارها عظم جاف ، والعظم لا يكون نجسا من الميت فالأولى أن لا يكون نجسا من الحى فلذلك عدل عن القياس الظاهر الى القياس الخفى ، ويسمى هـذا العدول استحسانا .

٣ — نص فقهاء الحنفية على أنه اذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع ، فادعى البائع أن الثمن مائة درهم وادعى المشترى أنه تسعون يتحالفان استحسانا ، والقياس الجلى أن لا يحلف البائع لأن البائع يدعى الزيادة وهى عشرة والمشترى ينكرها والبينة على من ادعى واليمن على من أنكر فلا يمين على البائع ... ووجه الاستحسان : أن البائع مدع ظاهرا بالنسبة الى الزيادة ومنكر حق المشترى فى تسلم المبيع بعد دفع التسعين ، والمشترى منكر ظاهرا الزيادة التى ادعاها البائع وهى العشرة ومدع حق تسلمه المبيع بعد دفع التسعين فكل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة أخرى فيتحالفان .

فالقياس الظاهر الحاق هـذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

والقياس الخفى : الحاق الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر فى آن واحد مدعيا ومنكرا فيتحالفان[١٠] .

---

(١٠) راجع أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف باب الاستحسان.

والقسم الثانى ينقسم الى استحسان النص ، واستحسان الاجماع واستحسان الضرورة والحاجة ، واستحسان العرف ، واستحسان المصلحة لأن العدول عن القياس اما أن يكون نصا يخالفه من حديث أو أثر ، أو يكون اجماعا أو ضرورة وحاجة أو عرف ومصلحة فيترك القياس فى مثل هـذه الأحوال ويتبع استحسانا ما قضى به النص أو جاء به الاجماع أو دعت له الضرورة والحاجة أو انتهى اليه عرف الناس أو تطلبته مصلحتهم وذلك كله دفعا للحرج والمشقة ورعاية لليسر تمشيا مع منطق الشرع فى كلياته وجزئياته التى انتهى فيهـا الى تحقيق اليسر ودفع غلو الحرج والمشقة •

وسنعرض لكل قسـم من هـذه الأقسـام بما يوضحـه من الأمثلة والنماذج :

١ ـ استحسان النص :

هو أن يثبت النص خلاف ما يقتضيه القياس فيؤخـد بالنص ويترك القياس استحسانا • مثال ذلك :

(أ) بقاء الصوم مع فعل الناسى : الشأن فى الأكل والشرب ناسيا أنه يفسد الصوم ، لأن الشىء لا يبقى مع وجود ما ينافيه الا أن هـذا الأصل متروك بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « تم على صومك فانما أطعمك الله وسقاك »(١١) • فاتمام الصوم بناء على هـذا الحديث مع وجـود ما ينافى حقيقتـه استحسان مبنى على النص وهـو الحديث •

(ب) السـلم : القياس والقواعد العامة تأبى جواز السـلم ، لأن المعقود عليه الذى هو محل العقد معدوم حقيقة عند العقد ، والعقد لا ينعقد فى غير محله الا أن هذا القياس ترك بالأثر الموجب للترخص

---

(١١) الحديث رواه البخارى بسنده الى أبى هريرة ومسلم من رواية اسماعيل بن عليه ، صحيح البخارى مع عمدة القارى ١١/١٧ •

وهـــو قوله ﷺ : « من أسلف منكم فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم »[12] .

(جـ) الاجارة : الأصل فى الاجارة عدم الجواز ، لأن المعقود عليه وهو المنفعة معدوم فى الحال ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمن وجوده ، لأن المعاوضات لا تحتمل الاضافة ، الا أن هـــذا القياس ترك بالأثر وهو قوله ﷺ : « أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه »[13] والأمر باعطاء الاجر دليل على صحة العقد .

٢ — استحسان الاجماع :

وهو أن يثبت الاجماع خلاف ما يقتضيه القياس فيترك القياس ويؤخذ بالاجماع اذ بالاجماع تتبين جهـــة الخطأ فى القياس فيكون واجب الترك ، ومثاله :

الاستصناع : وهو أن يأمر انسان آخر ليفعل له شـــيئا كان يخرز له خفا مثلا ويبين له صفته ومقداره ، فان القياس يقتضى عدم جوازه الا بعد تعينه حقيقة أو ثبوته فى الذمة فاما مع العدم من كل وجه فلا يتصور ، غير أنهم استحسنوا تركه بالاجماع كالثابت بتعامل الأمة من غير نكير[14] .

٣ — استحسان الضرورة :

وهو أن تقتضى الضرورة خلاف ما يقتضيه القياس فيترك القياس للضرورة رفعا للحرج والمشقة ، ومثاله تطهير الحياض والآبار ، فان القياس ينافى طهارة هـــذه الأشياء بعد تنجسها اذ نزع بعض المـــاء منها لا يؤثر فى رفع النجاسة ، ونزح جميع المـــاء لا يفيد طهارة

---

(١٢) الحديث رواه البخـــارى ومســـلم والأربعة الا ابن ماجـــه (الجامع الصغير للسيوطى ٢/٣٥٠) .

(١٣) الحديث فى سنن ابن ماجـــه (الجامع الصـــغير للسيوطى ١/١١٤) .

(١٤) كشف الأسرار ٤/١١٢٦

ما ينبع أو يصب بعد النزح لأنه لابد أن يلاقى نجسا فى قاع البئر والحوض فيتنجس بذلك[١٥] الا أن هذا القياس متروك بموجب الضرورة الموجه عامة الناس الى الاكتفاء بنزح مقدار من المـاء استحسانا •

٤ ــ استحسان العرف :

وهو أن ينتهى عرف الناس الى حكم يخالف القياس فيترك القياس ويؤخذ بالعرف استحسانا •

ومن أمثلته وقف المنقول عند الحنفية فان الأصل فيه عدم الجواز لتسارع الفساد اليه وعدم قبوله للتأبيد وصلاحيته للدوام غير أن فقهاء الحنفية أجازوه لتعامل الناس به وان كان فى القياس لا يجوز ، فقد نقل عن الامام محمد بن الحسن الشيبانى أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوا ذلك وتعاملوا به •

٥ ــ استحسان المصلحة :

وهو أن تتطلب المصلحة استثناء مسألة من حكم كلى أو قاعدة عامة لأن الحكم الكلى والقاعدة العامة لا تحقق المصلحة فى خصوص هذه المسألة فتترك القاعدة العامة ويقضى بما دعت اليه المصلحة •

ومن أمثلة ذلك الحكم بضمان الأجير المشترك كالصباغ والخياط لمـا تحت أيديهم من متاع الا اذا كان الهلاك بغالب وقوة قاهرة لا يمكنه الاحتراز عنها عادة كالحريق الشديد والغرق العام ونحوهما ؛ مع أن القاعدة العامة تقضى بأن الأصل عدم الضمان لأن الأجير أمين ، والأمين لا يضمن الا فى حالة التعدى والتقصير غير أن هـذه القاعدة والقياس العام ترك تحقيقا لمصلحة الناس ومحافظة على أموالهم من الضياع ، وتأمينا لأمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشى الخيانات بين الناس •••

هـذه هى جملة أقسام الاستحسان عند الحنفية ، هـذا ويعرق

(١٥) راجع د• حمد الكبيسى : أصول الأحكام « باب الاستحسان » •

الحنفية بين النوع الأول من نوعى الاستحسان وهو الاستحسان الناتج عن التعارض بين قياس جلى وخفى وتقديم الخفى على الجلى استحسانا وغيره من المستحسنات الثابتة عن طريق النص او الاجماع أو الضرورة والحاجة أو العرف أو المصلحة بأن النوع الأول يجوز تعليله وتعديته وبالتالى القياس عليه لأنه وان خفى فهو قياس ، وأما النوع الثانى عندهم فهو معدول به عن القياس والمعدول عن القياس لا يقاس عليه ، مثال ذلك أن البائع والمشترى اذا اختلفا فى مقدار الثمن والمبيع غير مقبوض — كما أوردنا قبل هـذا — فان القياس يقضى بأن يكون القول المشترى لأن البائع يدعى عليه زيادة فى حقه وهو الثمن والمشترى منكر واليمين فى الشرع من حق المنكر ، لكن فى الاستحسان متحالفان لأن المشترى يدعى على البائع وجوب تسـليم المبيع له عند احضار أقل الثمنين ، والبائع منكر لذلك ، والبيع كما يوجب استحقاق الملك على البائع يوجب استحقاقه اليد عليه عند وصول الثمن اليه ، وهذا الاستحسان لكونه قياسا خفيا يتعدى حكمه فيثبت فى الاجارة والنكاح[١٦] أما النوع الثانى بأقسامه فهو استثناء والاستثناء لا يتعدى موضعه فلا يجوز طرده فى غير الحالة التى ورد فيها ٠٠٠

***

● تعريف الاستحسان عند المـالكية :

كما تعددت العبارات فى تعريف الاستحسان عند الحنفية واختلفت فى المعنى المراد به ، كذلك اختلفت بنفس الأسلوب هـذه العبارات عند الأصوليين من المـالكية وهم بصدد وضع حد ضابط له عندهم ٠

ويبدو أن ذلك يرجع الى أن الامام مالكا — رضى الله عنه — مثل الامام أبى حنيفة تماما وردت كلمة الاستحسان على لسانه وفى فتاواه روى أصبغ عن ابن القاسم عنه : « الاستحسان تسعة أعشار العلم » ، و « الاستحسان عماد العلم »[١٧] — ثم جاء أتباعه من بعده فحاولوا

(١٦) أصول السرخسى ٢/٢٠٧ (١٧) راجع الموافقات ٤/٢١٠

ضبط هـذا الاستحسان من خلال فتاواه فنظر كل واحد منهم أى جانب من هذه الفتاوى وحدد المراد على أساسها .

فابن العربى يعرفه بقوله : « الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين »[١٨] وبنفس هذا التعريف يعرفه الباجى[١٩] ، ويعرفه ابن العربى أيضا بتعريف آخر فيقول : « انه ايثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته »[٢٠] وبتعريف قريب من هـذا يعرفه ابن رشد فيقول : « ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، واذا كان ذلك كذلك فليس هو قولا بغير دليل »[٢١] ويقرب من هـذا تعريف آخر لابن رشد أيضا يقول فيه : « الاستحسان الذى يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرحا لقياس يؤدى الى غلو فى الحكم ومبالغة فيه فيعدل عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم يختص به ذلك الموضع »[٢٢] .

وتنحو به بعض التعريفات نحو المصلحة مثل تحديد ابن الأنبارى له بقوله : « والذى يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان وحاصله استعمال مصلحة جزئية فى مقابلة قياس كلى فهو يقـدم الاستدلال المرسل على القياس »[٢٣] وبهذا التعريف يعرفه ابن رشد فيقول : « ومعنى الاستحسان فى أكثر الأحوال هو الالتفات الى المصلحـة والعدل »[٢٤] ويعرفه اللخمى فيقول : « بأنه كون الحادثة مترددة بين أصلين أحدهما أقوى بها شبها أو أقرب اليها ، والآخر أبعد فيعدل

---

(١٨) الموافقات ٢١٠/٤

(١٩) الاشارات للباجى ص ١١٢

(٢٠) الموافقات ٢٠٨/٤ ، والاعتصام ١٣٨/٢

(٢١) بداية المجتهد لابن رشد ٢٧٨/٢

(٢٢) الاعتصام للشاطبى ١٣٩/٢

(٢٣) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢١١

(٢٤) بداية المجتهد ١٨٥/٢

عن القياس على الأصل القريب الى الأصل البعيد لجريان عرف أو ضرب من المصلحة أو خوف من المفسدة أو ضرب من الضرر »(٢٥) .

ولعل تعريف اللخمى الأخير هـذا أوضح التعاريف عند المـالكية للاستحسان وأجمعها لأقسامه حيث ينص على الوسائل التى يتم بها العدول عن القياس من عرف ومصلحة وضرورة ، اما التعاريف الأخرى فان بعضها وان كان عاما كتعريف ابن العربى السابق له بانه : « العمل بأقوى الدليلين » وتعريفه له أيضا بانه : « ايثار ترك مقتضى الدليل على طـريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته » . وتعريف ابن رشد له « بانه جمع بين الادلة المتعارضة » أو « أنه طرح لغلو القياس وعدول عنه فى بعض المواضع لمعنى يؤثر فى الحكم » فانها وان كانت عامة شاملة لكنها لم تنص صراحة على الوسائل التى يتم بها العدول ، أما اللخمى فقد نص عليها صراحة فى تعريفه ، كما أن بعضها الآخر كتعريف ابن الأنبارى وتعريف ابن رشد الأخير تقف عند المصلحة وحدها ولا تشمل الأقسام الأخرى . والأخيرون معذورون فى ذلك لأن المصلحة هى الباب الواسع فى العدول عن القياس عند المـالكية لذلك تعلق نظرهم بها وربطوا بها تعريفاتهم ..

* * *

● **أقسام الاستحسان عند المـالكية :**

ينقسم الاستحسان عند المـالكية فى ضوء تعريف اللخمى له وغيره من التعاريف وأيضا أخذا من فتاوى الفقه المـالكى الى :

١ ــ استحسان الاجمـاع .
٢ ــ استحسان العـرف .
٣ ــ استحسان المصلحـة .
٤ ــ الاستحسان بترك اليسير التافه رفعاً للمشقة وايثاراً للتوسعة .
٥ ــ الاستحسان بمراعاة الخلاف .

وسوف نمثل لكل قسم من هذه الأقسام بما يوضحه .

---

(٢٥) راجع تعليل الأحكام للشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٠٦ .

١ — استحسان الاجماع :

حكم المـالكية به وأفتوا فيمن قطع ذنب بغلة القاضى اذ أوجبوا عليه غرم قيمة الدابة لا قيمة النقص الحاصل فيها — مع أن القياس يقضى أن لا يغرم الا ما نقصها القطع فقط لكنهم أجمعوا على ذلك استحسانا • لأن ركوبه لها امتنع بسبب فحش ذلك العيب حتى غدت بالنسبة الى ركوب مثله فى حكم العدم[٢٦] •

٢ — استحسان المصلحة :

أفتى المـالكية بتضمين الأجير المشترك كتضمين صاحب الحمام الثياب ، وتضمين صاحب السفينة وتضمين السماسرة المشتركين وحمال الطعام استحسانا ، والأصل فى هؤلاء جميعهم عـدم الضمان لأنهم مؤتمنون لكن هذا الأصل والقياس ترك استحسانا لمصلحة الناس وخوفا على ضياع أمتعتهم[٢٧] ••

٣ — استحسان العـرف :

أفتى المـالكية فيمن قال : والله لا دخلت مع فلان بيتا ، أنه لا يحنث بدخوله معه المسجد استحسانا بالعرف اذ أن عرف الناس جرى على ألا يطلق لفظ البيت عليه مع أن اللغة تقتضى فى ألفاظها غير ما يقتضيه العرف وتجرى لفظ البيت على المسجد •

٤ — الاستحسان بترك اليسير للتوسعة :

أفتى المـالكية بجواز النكاح الموقوف غير أنهم رأوا فسخه اذا بعد وقت اجازته استحسانا وفى هـذا يقول القاضى أبو الحسن : « لا فرق فى القياس بين اجازته بالقرب أو بعد البعد وانما استحسن فسخه اذا بعد واجازته اذا قرب لأن اليسير يجوز فى الأصول كيسير العمل فى الصلاة »[٢٨] •

---

(٢٦) الاعتصام ١٤٢/٢ (٢٧) الاعتصام ١٤١/٣ ، ١٤٢
(٢٨) المنتقى شرح الموطأ للباجى ١٧٧/٦

٥ ــ الاستحسان بمراعاة الخلاف :

ومن صوره أن المـاء اليسير اذا حلت فيه النجاسة اليسيرة ولم تغير أحد أوصافه أنه لا يجوز وضوء المكلف به بل يتركه ويتيمم • فان حصـل وتوضأ به أعاد مادام فى الوقت ولم يعد بعد الوقت ، وهـذا القول استحسانا اذ القياس على القول الأول يقضى أن يعيد أبدا لأنه لم يتوضأ الا بماء يصح له تركه والانتقال عنه الى التيمم وهـذا الاستحسان مبنى على مراعاة خلاف من يقول انه طاهر مطهر ويجوز الوضوء به ابتداء(٢٩) •

* * *

● مقارنة بين الاستحسان عند الحنفية والمـالكية :

يتضح من تعاريف الحنفية والمالكية للاستحسان التى أسلفناها ومن أقسامه عندهم التى عددناها أنهما يتقاربان فالحنفية يقولون باستحسان الاجماع والمـالكية يقولون به ، والحنفيـة يقولون باستحسان العرف والمصلحة والمـالكية يقولون بذلك ، وقد تميز المـالكية بالاستحسان المبنى على مراعاة الخلاف والاستحسان بترك اليسـير التافه ايثارا للتوسعة ورفعا للمشقة كما أنى لم أجـد أثرا لاستحسان النص فى فتاواهم ، وكذلك الاستحسان الناتج عن تعارض قياسين خفى وجلى ولا يظهر عندهم كثيرا وفيما عدا ذلك فان استحسان المصلحة يكثر عند المـالكية ولعل مرجع ذلك أن المـالكية يكثرون من العمل بالمصالح المرسلة فى فقههم لهذا كثر العدول عن طريقها عندهم كما أن الحنفية يكثرون من العمل بالقياس ولهذا ظهر عندهم الاستحسان القائم على التعارض بين الأقيسة •

* * *

● حجية الاستحسان :

التحديدات السالفة للاستحسان عند الحنفية والمـالكية وأقسامه عندهم التى أوردناها لا تخرجه عن الأدلة السابقة عليه وهى القرآن

---

(٢٩) الاعتصام للشاطبى ١٤٩/٢

والسنة والاجماع والقياس والمصالح المرسلة — عند من يأخذ بها — لأن الحال فيه لا يخلو من أحد أمرين ، اما أن يكون عدولا عن موجب القياس والقواعد العامة استثناء عن طريق النص أو الاجماع أو العرف أو المصلحة وتدخل فيها الضرورة وتحقيق اليسر ، واما أن يكون ناتجاً عن معارضة قياس جلى لقياس خفى والنوع الأخير قد اختص به الحنفية — كما رأينا سابقا — وفى كل الأحوال فان الاستحسان بهذا المعنى ليس بخارج عن الأدلة الشرعية ، وليس هو قولا بالهوى والتشهى وتحكم فى الدين بلا دليل ، وتعبيرات الأصوليين من الحنفية والمالكية دالة على ذلك ومؤكدة له ، فانهم يصرحون بأنهم لا يريدون به معنى خارجاً عن الأدلة الشرعية — يقول الامام أبو اسحاق الشاطبى : « واذا كان هذا معناه عند مالك وأبى حنيفة فليس بخارج عن الأدلة البتة ، لأن الأدلة يقيد بعضها بعضاً ويخصص بعضها بعضاً كما فى الأدلة السنية مع القرآنية »(٣٠) .

ويقول صاحب كشف الأسرار الحنفى : « واعلم أن المخالفين لم ينكروا على أبى حنيفة — رحمه الله — الاستحسان بالأثر والاجماع والضرورة ، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق »(٣١) .

وكثير من الأصوليين فى عمومهم أيضا يذهبون الى أنه لا يوجد فى معنى الاستحسان على الوجه الذى أخذ به الحنفية والمالكية ما يصلح محلا للنزاع لأن العدول عن القياس الى دليل أقوى منه مسلم به عند الجميع ، وفى هذا يقول ابن السبكى فى جمع الجوامع : « وفسر أيضا بعدول عن قياس الى قياس أقوى منه ولا خلاف فيه بهذا المعنى فان أقوى القياسين مقدم على الآخر قطعا أو بعدول عن الدليل الى العادة للمصلحة كدخول الحمام من غير تعيين زمن المكث وقدر الماء والأجرة فانه معتاد على خلاف الدليل للمصلحة » الى أن يقول : « فلم يتحقق فى معنى الاستحسان مما ذكر ما يصلح محلا

---

(٣٠) الاعتصام ١٣٩/٢ (٣١) كشف الأسرار ١١٢٤/٤

للنزاع »[32] وفى هـذا المعنى أيضـا يقول العضد فى شرحه على مختصر ابن الحاجب : « والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه لأنهم ذكروا فى تفسـيره أمورا لا تصلح محلا للخلاف »[33] وقول التفتازانى فى التلويح : « والحق أنه لا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع فى التسمية لأنه اصطلاح »[34] وهو أيضا رأى الأسنوى فى شرحه حيث يقول : « وقد تلخص من هـذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشـار اليه الآمدى أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيـه »[35] .

نخلص من هـذا كله الى أن الاستحسان باعتبار أنه عدول عن القياس الى نص أو اجماع أو ضرورة كما عرفه الحنفية والمـالكية لا خلاف، فى حقيقـة الأخذ به ، وانما الخلاف فيـه فى الاصطلاح فالقائلون به يسمون ذلك استحسانا وغيرهم لا يسميه استحسانا وهو لا مشاحة فى الاصطلاح كما هو مقرر ..

* * *

● **ما أثير حول الاستحسان :**

اذا كان الأمر كذلك فى أن الاستحسان ليس فيه ما يصلح محلا للنزاع فما سر المنازعة التى حمل لواءها الامام الشافعى وقال فى ذلك قولته المشهورة : « من استحسن فقد شرع » ؟؟[36] سر هـذه المنازعة أن الاستحسان عرف فى دور من أدواره بأنه عبارة عن دليل ينقدح فى نفس المجتهد لا يقدر على اظهاره لعدم مساعدة العبارة عنه[37] .

ويبدو أن هذا التعريف للاستحسان كان فى أدواره الأولى التى لم

(٣٢) راجع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٣٩٥
(٣٣) العضد على ابن الحاجب ٢/٢٨٨
(٣٤) التلويح على التوضيح ٢/٨١
(٣٥) نهاية السول ٣/١٤٧ بهامش التقرير والتحبير ج ٣
(٣٦) راجع حاشية العطار على جمع الجوامع ٢/٣٩٥
(٣٧) الاحكام للآمدى ٣/٢٠٠

تكن الدراسات المنطقية فيهـا قد استبحرت بطريقة تمكن من ضبط الاستحسان ضبطا جامعا مانعا ، هـذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان هـذا التعريف ينبىء عن تزاحم المعـانى التى كانت تسـتدعى الاستثناء والترخص طرحا لغلو القياس حينما سدر المجتهدون فيـه تزاحما لم يستطع المجتهدون حياله غير أن يقولوا انه دليـل ينقدح فى نفس المجتهد — أى معنى يشعر المجتهد من نفسه أنه يستدعى العدول عن الدليل العام . لكن ما هذا الموجب هنا ؟ تعى العبارة ويعجز التحديد لكثرة المعانى ، وقد أدرك هذا المعنى الدقيق الحامل على هذا التعريف فقيه مالكى ضليع هو أبو العباس بن القباب (ت ٧٧٩ هـ) فقال : « لقد ضاقت العبارة عن أصل الاستحسان — كما فى علمكم — حتى قالوا : أصح عبارة فيه أنه معنى ينقدح فى نفس المجتهد تعسر العبارة عنه ، فاذا كان هـذا أصله الذى ترجع اليه فروعه فكيف ما يبنى عليه فلابد أن تكون العبارة عنها أضيق »[٣٨] فهذا التعريف هو الذى أثار النزاع حول الاستحسان ، تدل على ذلك الحجج التى استند اليها الامام الشافعى فى رفضه[٣٩] ..

أما الأخذ بالاستحسان باعتبار أنه عدول عن دليل الى دليل فان الامام الشافعى لا يرفض ذلك وان لم يخصصه بهذا الاسـم[٤٠] . كما أن الاستحسان بهذا الوجه هو مذهب الامام أحمد بن حنبل قال القاضى يعقوب : « القول بالاستحسان مذهب أحمد رضى الله عنه : وهو أن نترك حكما الى حكم أولى منه »[٤١] .

هـذا وقد استدل القائلون بالاستحسان بالآيات والأحاديث التى

(٣٨) الاعتصام ١٤٧/٢

(٣٩) راجع كتاب ابطال الاستحسان فى « الأم » للامام الشافعى ..

(٤٠) أما ما نسب للامام الشافعى من قوله « أستحسن فى المتعة أن تكون ثلاثين درهما » و « أستحسن ثبوت الشـفعة للشفيع الى ثلاثة أيام » فلعله من باب الاسـتعمال اللغوى العـام . انظر الاحكام للآمدى ٢٠٠/٣

(٤١) روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ص ١٨٥

تحض على اتباع كل ما هو حسن ، ومن ذلك قوله تعالى : **« الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه »**(٤٢) .

وقوله تعالى : **« واتبعوا أحسن ما أنزل اليكم من ربكم »**(٤٣) .

وقوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن »(٤٤) .

وهـذه الأدلة فى نظرى ليس فيها دلالة على حجية الاستحسان باعتبار أنه دليل بقدر ما فيها من حض على اتباع الأمر الحسن من كل شىء وأنه مطلوب للشارع — والدليل على حجية الاستحسان بالمعنى الذى قصده الآخذون به أن فى الاستحسان دفعا للحرج والمشقة ، والحرج والمشقة مدفوعان فى الشريعة الاسلامية قامت على ذلك الأدلة الكثيرة فى القرآن والسنة وقواعد الفقه مثل قوله تعالى : **« يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »**(٤٥) .

وقوله : **« ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »**(٤٦) .

وقوله : **« يريد الله أن يخفف عنكم ، وخلق الانسان ضعيفا »**(٤٧) .

وقوله : **« ويضع عنهم اصرهم والاغلال التى كانت عليهم »**(٤٨) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار »(٤٩) .

وقوله : « أحب الدين الى الله الحنيفية السمحة »(٥٠) .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ان خير دينكم أيسره ، ان خير دينكم أيسره »(٥١) .

---

(٤٢) الزمر : ١٨   (٤٣) الزمر : ٥٥

(٤٤) الحديث رواه الامام احمد بن حنبل بسنده الى عبد الله بن مسعود ، انظر اعلام الموقعين لابن القيم ٧٤/١

(٤٥) البقرة : ١٨٥   (٤٦) المائدة : ٦

(٤٧) النساء : ٢٨   (٤٨) الأعراف : ١٥٧

(٤٩) الحديث رواه الامام مالك فى الموطأ ، راجع الموطأ بشرح السيوطى ١٢٢/٢

(٥٠) الحديث أخرجه البخارى فى صحيحه ، انظر البخارى مع عمدة القارى ٢٣٥/١

(٥١) الحديث رواه الامام أحمد فى مسنده ، انظر مسند الامام أحمد ٤٧٩/٣ الطبعة الأولى .

وقـــوله : « ان الدين يسر ولن يشاد الدين أحد الا غلبه »[52] •

وقواعد : « الضرورات تبيح المحظورات » ، « الضرر يزال » ، « المشقة تجلب التيسير » الى غير ذلك من الأدلة والنصوص وواقع الأحكام فى جزئياتها وتعلقها فى عموميتها باليسر ورفع الحرج •

* * *

● **أدلة الامام الشافعى فى ابطال الاستحسان :**

أورد الامام الشافعى هـــذه الأدلة فى صـــدر « باب ابطـــال الاستحسان » وقال فى ذلك : « كل ما وصفت مع أنا ذاكر وساكت عنه اكتفاء بما ذكرت منه عما لم أذكر من حكم الله ثم حكم رسوله ﷺ ثم حكم المسلمين دليل على أنه لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتى الا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب ثم السنة وما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه أو قياس على بعض هـــذا ولا يجوز أن يحكم ولا أن يفتى بالاستحسان اذ لم يكن الاستحسان واجبا ولا فى واحد من هـــذه المعانى • ثم أتبع ذلك بالاستدلال على ابطال حجية الاستحسان فقال : قال الله عز وجل : **« أيحسب الانسان أن يترك سدى »**[53] وقد فسر أهل العلم « السدى » — بلا اختلاف بينهم — أنه الذى لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى استحسانا بما لم يؤمر به فقد أجاز لنفسه أن يكون فى معانى السدى،وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى ، ولأفضى به ذلك أن يقول بما يشاء ويدعى بما نزل القرآن بخلافه ، لأن الله قال فيه لنبيه : **« اتبع ما أوحى اليك من ربك »** •

٢ — أن من أفتى بالاستحسان يكون مخالفا للقرآن ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه بأن يتبع وحيه فقال : **« اتبع ما أوحى اليك من ربك »**[54] ، وقال له : **« وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »**[55] وكان مخالفا أيضا لمنهاج التبيين لأن النبى ﷺ ما كان

---

(٥٢) الحديث رواه البخـــارى ، انظر البخـــارى مع عمدة القارى ٢٣٥/١

(٥٣) القيامة : ٣٦

(٥٤) الأنعام : ١٠٦

(٥٥) المـــائدة : ٤٩

يفتى بالاستحسان بل كان ينتظر الوحى فقد جاءه قوم فسألوه عن أصحاب الكهف وغيرهم فقال : أعلمكم غدا ، يعنى أسأل جبريل ثم أعلمكم فنزل قول الله عز وجل : « **ولا تقولن لشيء انى فاعل ذلك غدا . الا أن يشاء الله** »(٥٦) وجاءته امرأة أوس بن الصامت تشكو اليه أوسا فلم يجبها حتى أنزل الله « **قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها** »(٥٧) وجاءه العجلانى يقذف امرأته قال : فلم ينزل فيكما ، وانتظر الوحى فلما نزل دعاهما فلاعن بينهما ، كما أن الله عز وجل قال لنبيه : « **وأن احكم بينهم بما أنزل الله** »(٥٨) وقال « **ياداوود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق** »(٥٩) ..

٣ — أنه لا يؤمر أحد أن يحكم بالحق الا وقد علم الحق ، ولا يكون الحق معلوما الا عن الله نصا أو دلالة ، فقد جعل الله الحق فى كتابه ثم سنة نبيه فليست تنزل نازلة بأحد الا والكتاب يدل عليها نصا أو جملة ، والنص ما حرم الله نصا ، كتحريم الأمهات ، والجدات والعمات ، والخالات ومن ذكر معهن ، وتحريم الميتة ، والدم ولحم الخنزير والفواحش ما ظهر منها وما بطن .. والجملة ما فرض الله من صلاة وصوم وحج فبين رسول الله ﷺ ذلك وكيفيته وتفصيل الرسول ﷺ فى الجملة آيل الى كلام الله ، لأن الجملة من الله والرسول كان مفصلا لها .

٤ — أن أحدا من أهل العلم لم يقل بالترخيص لأحد من أهل العقول والآداب أن يفتى ولا يحكم برأى نفسه اذا لم يكن عالما بالذى تدور عليه أمور القياس من الكتاب والسنة والاجماع والعقل لتفصيل المشتبه لأنهم لا علم لهم بالأصول ، والعلم بالأصول اذا لم يتقيد فى اجتهاده بها كان حاله كحالهم ...

٥ — أن الحاكم أو المفتى فى النازلة اذا قال : ليس فيها نص ولا قياس ، وبنى حكمه على الاستحسان ، وقال : أستحسن ، فلابد أن يزعم أن جائزا لغيره أن يستحسن خلافه فيقول كل حاكم ومفتى فى بلد

---

(٥٦) الكهف : ٢٣ ، ٢٤ (٥٧) المجادلة : ١
(٥٨) المائدة : ٤٩ (٥٩) سورة ص : ٢٦

بما يستحسن ، فيقال فى الشىء الواحد بأنواع من الحكم والفتيا ، فان كان هـــذا جائزا لديهم فقد أهملوا أنفسهم فحكموا حيث شاءوا ، وان كان ضعيفا فلا يجوز أن يدخلوا فيه ، وان ساغ لمن يرى منهم ترك القياس أن يقول : على الناس اتباع ما قلت ، قيل له : من الذى أمر بطاعتك حتى يكون على الناس اتباعك ؟ أو رأيت ان ادعى هـــذا عليك غيرك أكنت تعصيه أم تقول لا أطيع الا من أمر بطاعته ؟ فكذلك لا طاعة لك على أحد ، وانما الطاعة لمن أمر الله ورسوله بطاعته ، والحق فيما أمر الله ورســوله باتباعه ، ودل الله ورســوله عليه نصا أو استنباطا بدلائل(٦٠) ...

* * *

---

(٦٠) انظر فى هـــذه الأدلة كتاب « ابطال الاستحسان » للامام الشافعى وفى كتابه « الأم » .

الفصـــل الثاني

المصـــالح المرســـلة

من الأدلة المختلف فيهـــا المصالح المرسلة ، ويطلق عليهـــا بعض الأصوليين اسم المناسب المرسل[1] ، وبعضهم الآخر اسم الاستصلاح[2]، ويعود ذلك — أى اختلاف هـــذه الاطلاقات — الى أن كل حكم يكون مستنده المصلحة يمكن أن يكون النظر اليه من جانب المصلحة المترتبة عليه بناء على الحكم فيه بالمصلحة ، ومن هنا يصح أن يطلق على الدليل نفسه اسم المصالح المرسلة ، كما أنه يمكن أن يتوجه النظر اليه من زاوية الوصف الذى أدى ترتيب الحكم على وقفه الى تحقيق تلك المصلحة ، ومن هنا جاء اطلاق المناسب المرسل . وكما أمكن ما سبق يمكن أن ينظر اليه من جانب طلب المصلحة فى الفعل الذى بنى الحكم فيه عليهـــا ومن هنا يأتى اســـم الاستصلاح[3] أى طلب المصلحـــة من خلال الحكم .

● **معنى المصالح المرسلة :**

المصالح المرسلة يقصد بها كل مصلحة داخلة فى مقاصد الشرع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الالغاء .

* * *

● **شرح التعريف :**

نعنى بقولنا : كل مصلحة داخلة فى مقاصد الشرع دون أن يكون.. الخ ، أن الشريعة الاسلامية جاءت لتحقيق مصالح البشر وهى جلب النفع لهم ودفع الأذى والضر عنهم وقد ثبت ذلك عن طريقين :

---

(١) انظر مختصر المنتهى لابن الحاجب وشرح العضد عليه ٢/٣٤٢
(٢) المستصفى للغزالى ١/١٣٩
(٣) راجع ضوابط المصلحة للدكتور سعيد رمضان البوطى ص ٣٢٩

أولهما : الاستقراء والتتبع لكل ما جاءت به الشريعة من أحكام فى مختلف المسائل التى عالجتها ، فان هذا الاستقراء قد قاد الى أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح البشر وفى هذا يقول الامام الشاطبى — فى الموافقات فى صدر الجزء الثانى عند بداية حديثه عن المقاصد — « ان وضع الشرائع انما هو لمصالح العباد فى العاجل والآجل معا » ثم يتبع ذلك بقوله « انا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه الرازى ولا غيره »(٤) ...

ثانيهما : النصوص التى دلت صراحة على أن الشريعة غايتها وهدفها ومقصدها تحقيق مصالح البشر مثل قوله تعالى مخاطبا الرسول ﷺ : **« وما أرسلناك الا رحمة للعالمين »**(٥) والدليل فى الآيه على المقصود أن الله سبحانه وتعالى يخاطب رسوله بانه بعثه بدين الاسلام رحمة للعالمين ورفقا بهم وسعيا فى أسباب سعادتهم ، فلو وردت الأحكام التى جاء بها الرسول ﷺ خاليه عن رعاية مصالحهم وعن تلمس اوجه الخير لهم وهدايتهم لها لمـا كانت رحمـة بهم ، ولكان التكليف بها تكليفا يمحض النصب والتعب وكل ذلك باطل بنص الآية .

وقوله تعالى : **« ورحمتى وسعت كل شىء »**(٦) والآية تدل على أن ظل رحمته سبحانه ممدود على كل شىء وأنها وسعت كل ما فى الكون ولو كانت الأحكام التى أنزلها الله لعباده خالية عن الحكمة ومراعاة مصالحهم لانخرم هـذا العموم أيضا بخروج البشر منه ، وهو أيضا أمر باطل .

وقوله تعالى : **« ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشـاء والمنكر والبغى ، يعظـكم لعلـكم تذكرون »**(٧) والأمر بالعدل والاحسان والدعوة الى التكافل بين الناس ، والنهى عن الموبقات والمنكرات كل تلك أمور ، الهدف منها مصلحة البشر .

---

(٤) الموافقات للشاطبى ٢/٣ طبعة صبيح .
(٥) الأنبياء : ١٠٧   (٦) الأعراف : ١٥٦
(٧) النحل : ٩٠ .

والآيات التى تنهى عن الفساد والضرر وأحاديث الرسول ﷺ التى جاءت فى هــذا المعنى مثل قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »(٨) والنصوص الدالة على اليسر ورفع الحرج ، والنصوص المعللة بعلل ، كل ذلك يشهد لهــذا الأصل وهو أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح البشر ...

وكما قاد الاستقراء الى أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح البشر قاد هــذا الاستقراء أيضا الى أن هــذه المصالح تدور فى المحافظة على مقاصد الشرع الخمس الكلية وهى المحافظه على الدين والنفس والعقل والنسل (العرض) والمــال ، وأن مراتب حفظها لهذه الكليات الخمس تتدرج فى المحافظة عليهــا فى مرحلة الضرورة وهى المرحلة التى لو فات حفظها فيها لفاتت هــذه الكليات الخمس أو واحدة منها ولأصاب الناس من جراء ذلك فساد وتهارج وفوت حياة ، والمحافظة عليها فى مرحلة الحاجة وهى مرحله لو فاتت لترتب على فواتها أن يلحق الناس ضيق وحرج ومشقة ، ثم المحافظة عليها أخيرا فى المرحلة التحسينية وهى المرحلة التى لو فاتت لما ترتب على فواتها فوات الكليات الخمس أو واحدة منها وما لحق الناس حرج ومشقة ولكن يترتب على فواتها أن يفوت الحياة التزيين والتجميل واسباغ صفة حسنة عليها(٩) .

هــذا وبعد أن قرر العلماء أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح البشر قرروا أن هــذه المصالح وان كانت هى مقصود الشارع الى أن الأحكام الشرعية لا تعلل بها وانما تعلل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة التى يحصل من ترتيب الحكم عليها ما يصلح أن يكون مقصودا العقلاء ، فالمصالح هى الباعث ، ولكن لعدم انضباطها رأوا أن الأحكام الشرعية تربط بالعلل التى هى الأوصاف الظاهرة المنضبطة التى يكون من شأنها غالبا الافضاء الى الحكم والمصالح(١٠) .

(٨) الحديث رواه الحاكم فى المستدرك — راجع نصب الراية ٣٨٤/٤

(٩) راجع هذه الأقسام فى الجزء الثانى من الموافقات كتاب المقاصد.

(١٠) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٦٤

وقرروا فى ضوء ذلك أيضا أن هـذه الأوصاف منها ما اعتبره الشارع ومنهـا ما ألغاه ومنهـا ما هو عرى عن الاعتبار أو الالغاء ، فما اعتبره الشـارع من الأوصاف يكون معتبرا من خلاله للمصلحة وما ألغاه يكون ألغى من خلاله المصلحة لمصلحة أربى وأعلى ، وما سكت عنه تكون المصلحة فيه مرسلة ، ومن هنا جاء الاطلاق السابق : مصلحة مرسلة أو مناسب مرسل ، فالمرسل حقيقة هو الوصف وارساله يفضى الى أن هـذه المصلحة بخصوصها لم يأت حكم على وفقها فتكون محلا للنظر ، وسوف نشرح هـذه الأقسام واحدا بعد الآخر :

١ — المناسب المعتبر : هو ما شهد الشارع باعتباره بأن وضع من الأحكام التفصيلية ما يوصل اليه مثل حفظ العقل الذى شرع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر وايجاب الحد على شاربها ، وحفظ المـال الذى شرع الشارع لتحقيقه تحريم السرقة وعقوبة السارق بقطع يده ، وحفظ النسل أو العرض أو النسب الذى جاء الشارع الحكيم فى شأنه بتحريم الزنا وجلد الزانى أو رجمه حفظا لهذا المقصود .. وهكذا دواليك، وعن طريق هـذا النوع من المصالح المعتبرة جاء دليل القياس لأن الأمر فيه قائم على النظر فى الأحكام المشروعة وادراك قصد الشارع فيها الى مصلحة بعينها حتى اذا وجدت هـذه المصلحة فى حادثة أخرى ألحقت بالحادثة الأولى التى جاء التصريح بحكمها قياسا عليها .

٢ — المناسب الملغى هو ما شهد الشارع بالغائه بأن وضع أحكاما تدل على عدم الاعتداد به كجعل الطلاق بيد المرأة ، اذ من المناسب عقلا أن يكون الطلاق بيدها لأنها دخلت مع الزوج فى علاقة تجمع بينهما ومن المناسب أن يكون لها الحق فى التخلص منها كما له هو أيضا هذا الحق ، غير أن هذه المناسبة هنا ملغية بالنص : « انما الطلاق لمن أخذ بالساق » وذلك لمصلحة تربو وتزيد على المصلحة الظاهرة ، وهذه المصلحة هى أن الزوج أكثر تعقلا واتزانا ولا يجنح نحو العاطفة ، لهذا فان جعل الأمر بيده أملك وأدعى لتحقيق مقصد الفراق اذا شاءته الظروف . ومثال هـذا أيضا ما حدث لعبد الرحمن بن الحكم من أنه وطىء فى نهار رمضان فسأل الفقهاء عن توبته من ذلك وكفارته فأفتاه يحيى بن

يحيى الليثى بأن كفارته صيام شهرين متتابعين وتعليله لذلك حين سأله أقرانه من الفقهاء عن سبب عدوله عن المذهب وهو العتق أولا الى الزام الأمير بالصيام بقوله : « لو فتحنا له هـذا الباب سهل عليه أن يطأ كل يوم ويعتق رقبة لكن حملته على أصعب الأمور لئلا يعود »[١١] فهذا المعنى الذى علق يحيى فتواه به مناسب من حيث المقصود من شرعية الكفارة للزجر وأن الملك لا يزجره الاعتاق ويزجره الصيام غير أن فتياه هـذه مردودة لأن العلماء بين قائلين بالتخيير وقائل بالترتيب فالزام الغنى رأساً بالصيام لا قائل به فهو أمر مناسب ملغى ينبغى رده[١٢] .

٣ ــ المناسب المرسل : وهو ما لم يشهد الشـارع باعتباره أو الغائه أى لم نجد من الأحكام الشرعية ما يوافقه بشكل مباشر أو يخالفه بشكل مباشر . لكنه ملائم لتصرفات الشـارع فى الجملة وهـذا هو محل الحديث .

***

● **المذاهب الفقهية والمصالح المرسلة :**

ان الذى يريد تحديد موقف المذاهب الفقهية من المصلحة أمامه طريقان :

الأول : أن يعتمد على أقوال الأصوليين فى ذلك .

الثانى : أن يرجع الى فتاوى المذاهب الفقهية نفسها ليحدد من خلالها موقف هذه المذاهب من المصلحة أخذا ورداً .

وكان من الممكن أن يغنى سلوك الطريق الأول عن الطريق الثانى لو اتفقت أقوال الأصوليين مع فروع أئمة المذاهب الفقهية غير أن أقوال الأصوليين لا تنسجم مع ما أثر عن الأئمة من فروع ، ولهذا ينبغى أن نورد أقوال الأصوليين فى ذلك ثم ننظر الى فتاوى الأئمة واجتهاداتهم

---

(١١) الاعتصام للشاطبى ١١٤/٢ (١٢) الاعتصام ١١٣/٢ ، ١١٤

لندرك الموقف الصحيح الذى وقفه الأئمة حيال المصلحة أولا ، والاضطراب الذى وقع فيه بعض الأصوليين ثانيا .

وفى ذلك نجد أن عامة الأصوليين يتفقون على اسناد القول بها الى الامام مالك[13] ويقابله عندهم فى عدم الأخذ بها القاضى أبو بكر الباقلانى[14] ويتوسط الامام الغزالى بين هذين المذهبين فى المصلحة فيأخذ بها اذا كانت من المصالح الضرورية القطعية الكلية[15] — ويضطرب القول عندهم بالنسبة الى المذاهب الأخرى فيسند الآمدى الى الحنفيه والشافعية انكار القول بها ويقول فى ذلك « وقد اتفق الفقهاء من الشافعيه والحنفية وغيرهم على امتناع التمسك به — الاشارة الى المناسب المرسل — وهو الحق »[16] ويخالفه فى ذلك امام الحرمين فينسب الى الامام الشافعى والحنفيه القول بها بشرط أن تكون المصالح شبيهه بالمصالح المعتبرة حيث يقول : « وذهب الشافعى ومعظم أصحاب أبى حنيفة — رضى الله عنه — الى اعتماد الاستدلال وأن لم يستند الى حكم متفق عليه ولكنه لا يستجيز النأى والبعد والافراط ، وانما يسوغ تعليق الأحكام بمصالح يراها شبيهه بالمصالح المعتبرة وفاقاً ، وبالمصالح المستندة الى أحكام ثابتة الأصول قارة فى الشريعة »[17] وقد جرى على ذلك الشاطبى فى الاعتصام حيث قال : « وذهب الشافعى ومعظم الحنفية الى التمسك بالمعنى الذى لم يستند الى أصل صحيح ، لكن بشرط قربه من معانى الأصول الثابتة »[18] وأيضا فان ابن الحاجب

---

(١٣) راجع مختصر المنتهى لابن الحاجب ٢/٢٦٤ والاحكام للآمدى ٢٠٠٢/٣ ونهاية السول ٢٥/٣ ، وروضه الناظر لابن قدامة ص ٨٦ ، المستصفى للغزالى ٢٨٤/١

(١٤) انظر الاحكام فى أصول الأحكام للآمدى ٢٠٣/٣ ، ٢٠٤

(١٥) المستصفى للغزالى ٢٩٣/١

(١٦) الاحكام للآمدى ٢٠٣/٣

(١٧) تقرير الشربينى على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٢٢٨/٢ ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٢

(١٨) الاعتصام ١١١/٢

ينسب القول بها الى الامام الشافعى[19] ويقيد الامام الشوكانى ذلك بأنه مذهب الامام الشافعى فى القديم مع عـدم تطرقه الى ما اشترطه امام الحرمين عن امامه فى المصلحـة[20] — وهكذا تختلف أقوالهم فى ذلك .

وحقيقة الأمر فى ذلك أن المذاهب الفقهية فى جملتها آخذة بالمصلحة وأن الامام مالكا لم ينفرد فى القول بها ، وان كان له ترجيح على غيره ، وفى هـذا يقول القرافى : « وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا واذا افتقدت المذاهب وجدتهم اذا قاسوا جمعوا أو فرقوا بين المتماثلات لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذى جمعوا أو فرقوا بل يكتفون بمجرد المناسبة وهـذا هو المصلحة المرسلة فهى حينئذ فى جميع المذاهب »[21] وفى هـذا المعنى نفسه يقول ابن دقيق العيد : « الذى لا شك فيه أن لمـالك ترجيحا على غيره من الفقهاء فى هـذا النوع ويليه أحمـد بن حنبل ولا يكاد يخلو غيرهما من أعتباره فى الجملة »[22] .

يؤكد هـذين القولين أن فى فروع المذهب الحنفى ما يدل على الأخذ بالمصالح المرسلة فعند الحنفية الاستحسان والعرف وهما مبدآن يعتمدان على المصلحة كثيرا أما الشافعية فقد رأينا أن امام الحرمين ينسب الى امامه القول بها بشرط أن تكون شبيهة بالمصالح المعتبرة .

والحنابلة أقرب المذاهب الفقهية الى المـالكية فى الأخذ بالمصالح المرسلة ولعل ذلك راجع الى الاتباع المطلق لفتاوى الصـحابة الذى كان السمة الغالبة على المنهج الفقهى لهذا المذهب ، ومن المقرر الثابت أن الصحابة كانوا يجنحون نحو الاجتهاد بالمصلحة كثيرا فى فقههم ، ومن الفتاوى التى اعتمد فيها الامام أحمد بن حنبل على المصلحة المرسلة ما رواه المروزى عنه من أن المخنث ينفى لأنه لا يقع منه الا الفساد

---

(19) حكى ذلك عنه الاسنوى فى نهاية السول ١٣٤/٣

(20) ارشاد الفحول ص ٢١٢

(21) شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٧١ — ١٩٩ وانظر ارشاد الفحول ص ٢١٢

(22) ارشاد الفحول ص ٢١٢

والتعرض له ، وأن للامام نفيه الى بلد يأمن فساد أهله وان خاف عليهم حبسه »[٢٣] وفتواه فيمن طعن على الصحابة أنه يجب على الامام عقوبته وليس للسلطان العفو عنه بل يعاقبه ، ويستتيبه فان تاب والا أعاد عليه العقوبة[٢٤] .

وفتوى تلميذه ابن القيم باجازة التسعير اذا كان متضمنا للعدل بين الناس[٢٥] .

يظهر لنا من العرض السابق أن جمهور فقهاء المسلمين على الأخذ بالمصالح المرسلة أما المالكية والحنابلة فهم واضحون فى ذلك ، والحنفية يمكن دخولها عندهم تحت الاستحسان ، والشافعية ما نسبه امام الحرمين الى امامه فى ذلك وفيما عدا ذلك فان الذى لم يأخذ بالمصالح المرسلة بوضوح هم الظاهرية نفاة القياس والرأى ، والشيعة ، والقاضى الباقلانى ، وابن الحاجب من المالكية .

استدل القائلون بحجية المصالح المرسلة بالأدلة التالية :

١ — ما أوردناه سالفا من أنه ثبت بالاستقراء أن أحكام الشرع روعى فيها الأخذ بمصالح الناس ، واعتبار جنس هذه المصالح فى جملة الأحكام يوجب اعتبار المصالح المرسلة .

٢ — أن الحياة فى تطور مستمر ومن خلال هذا التطور تتجدد مصالح الناس فلو اقتصرنا على المصالح المنصوص عليها ولم نعتبر المصالح المرسلة لأدى ذلك الى عدم مسايرة التشريع لمصالح الناس وجموده عن الاستجابة لها وقصوره عن ضروريات حياتهم ، وذلك لا يتفق مع مقاصد الشرع الذى جاء فى الأساس لجلب المصالح ودرء المفاسد .

٣ — أن من ينظر فى فتاوى الصحابة ويتتبعها يجد أنهم أفتوا فى كثير من الوقائع بناء على المصالح ، ومن ذلك :

---

(٢٣) اعلام الموقعين لابن القيم ٥٤٦/٣ ، ٥٤٧
(٢٤) اعلام الموقعين ٥٤٦/٣ ، ٥٤٧ .
(٢٥) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ص ٢٢٤

(أ) جمعهم القرآن فى عهد سيدنا أبى بكر بعد أن أفزعهم موت الحفظة فى موقعة اليمامة وخشوا من ذلك ذهاب القرآن بموت حفاظه ولم يكن لهذا الحكم نظير يقاس عليه ، وانما هو حكم بمطلق المصلحة يدل على ذلك قول سيدنا أبى بكر لسيدنا عمر حين عرض عليه الأمر : وكيف نفعل شيئا لم يفعله رسول الله ؟ وقول سيدنا عمر له : « وهو والله خير » .

(ب) استخلاف سيدنا أبى بكر لسيدنا عمر عند موته ليتولى أمر المسلمين من بعده واستخلافه له مبنى على المصلحة ، لأن النبى ﷺ لم يستخلف أحدا بعده ولم يحفظ فى شأن ذلك عنه نص ، والمصلحة فى ذلك هى حفظ كلمة المسلمين من التفرق ، وتفادى اختلافهم فى اختيار الخليفة فى وقت كانوا فيه فى أمس الحاجة الى الاتفاق .

(جـ) ما أثر عن سيدنا عمر — رضى الله عنه — من أنه كان يشاطر الولاة فى أموالهم فيجعلها شطرين بينهم وبين المسلمين وذلك لأن أموالهم الخاصة تختلط بالأموال التى يكتسبونها بجاه الولاية وسلطانها . وفى حكم سيدنا عمر هذا صلاح للولاة وكف لهم عن استخدام سلطة الولاية لجمع المال مع ما فيه من المحافظة على المصالح العامة .

(د) ما ورد عنه — رضى الله عنه — من أنه وجد رجلا يبيع ويرخص فى السعر عما عليه أهل السوق فنهاه عن هذا الصنيع دفعا للضرر الذى يلحق غيره من التجار نتيجة فعله هذا ، ورعاية لمصلحتهم روى الامام مالك فى الموطأ عن يونس بن يوسف ، عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا بالسوق فقال له عمر بن الخطاب : اما أن تزيد فى السعر ، واما أن ترفع من سوقنا .

وفى هذا يقول الزرقانى « فقد نهاه عن زيادة السعر ، لأنه كان يبيع بأرخص مما يبيع أهل السوق دفعا للضرر ورعاية للمصلحة »(٢٦) .

(٢٦) راجع الموطأ بشرح السيوطى ٦٩/٢ ، الزرقانى على الموطأ ٢٩٩/٣

(هـ) ما أثبته التاريخ من أنه دون الدواوين لمـــا اقتضت الفتوحات الكثيرة والتوسع الذى بلغته الدولة الاسلامية فى زمنه ذلك ...

(و) كتابة سيدنا عثمان للمصحف على حرف واحد وتوزيعه على الأمصار واحراق ما عداه ، وحكمه بارث الزوجة التى طلقها زوجها فى مرض موته فراراً من ارثها معاملة له بنقيض مقصوده .

(ز) قول ســـيدنا على فى تضمين الصناع : « لا يصلح الناس الا ذاك » الى غير ذلك من صور افتاء الصحابة — رضوان الله عليهم — بالمصالح المرسلة وهى كثيرة .

* * *

● **أدلة المـــانعين :**

استدل المـــانعون للاحتجاج بالمصالح المرسلة بدليلين هما :

(أ) أن المصالح المرسلة مترددة بين أمرين : المصالح المعتبرة ، والمصالح الملغاة ، فلو وجب اعتبارها لاشتراكها مع المصالح المعتبرة ، لوجب الغاؤها أيضـــا لاشتراكها مع المصالح الملغاة ، فلوجود هذين الاحتمالين لا يجوز الأخذ بهـــا ، اذ ليس هناك ما يرجح احتمال آمر على الآخـــر .

ويجاب عن هـــذا الدليل بأن اشتمال أى وصف على مصلحة راجحة ومفســـدة مرجوحة يجعل اعتبار هـــذا الوصف أرجح من الغائه ، لأن الشارع راعى مبدأ المصالح فى جملة أحكامه ، وأيضا فان المصالح التى ألغاها الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التى اعتبرها الشارع فتلحق المصالح المرسلة بما هو أعم وأغلب[٢٧] .

(ب) أن الأخـــذ بالمصالح المرسلة يفتح الباب لذوى الأهـــواء والأغراض ليصلوا الى أهوائهم تحت ستار المصالح المرسلة .

ويرد على هـــذا الدليل بأن العمل بالمصلحة المرسلة ليس مطلقا ليفتح الباب لذوى الأهواء والأغراض وانما لابد من أن تكون المصلحة

(٢٧) راجع الوسيط فى أصول الفقه للدكتور وهبة الزحيلى ص ٣٢٢

ملائمة لمقاصد الشارع علاوة على أن المجتهد المسلم ينبغى أن يكون ورعا أمينا •

* * *

● **شروط الأخذ بالمصالح المرسلة :**

غنى عن البيان أن المصالح المرسلة يؤخذ بها فى المسائل التى تقبل الاجتهاد والرأى ، وبناء على ذلك لا يصح استخدامها فى الأمور التعبدية البحتة ويشترط فيها :

١ — الملاءمة لمقاصد الشرع بأن يكون فيها حفظ لمقصد من المقاصد الكلية الخمسة •

٢ — أن تكون معقولة فى ذاتها جارية على الأوصاف التى اذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول •

٣ — أن تكون مصلحة محققة ، أما اذا كانت أمرا متوهما فلا يجوز بناء الحكم عليها •

٤ — أن تكون مصلحة عامة يمكن أن تحقق منفعة لأكبر قدر من الناس •

٥ — ألا يفوت اعتبارها مصلحة أهم وآكد منها[٢٨] •

هذا ويشترط فيها الامام الغزالى أيضا أن تكون المصلحة ضرورية[٢٩] •

* * *

(٢٨) راجع فى هذه الشروط : الاعتصام للشاطبى ٣٠٧/٣ ، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٦٧
(٢٩) المستصفى للغزالى ٢٩٣/١

الفصل الثالث

العرف

العرف دليل من الأدلة الشرعية عند الفقهاء ، وقد بنيت عليه كثير من الفروع الفقهية فى المذاهب المختلفة ، ونشأت عنه كوكبة من القواعد الفقهية ، ولا غرو فى ذلك ولا عجب فان الفقه الاسلامى منذ نشأته انفعل بالبيئة التى نشأ فيها وتفاعل معها ، ولهذا اختلفت مناهج الفقهاء تبعا لاختلاف أعراف بيئاتهم والمواطن التى نشأوا فيها ، فكانت مدرسة الحجاز ومدرسة العراق ، وقد تبلور فقه الأولى فى الامام مالك وفقه الثانية فى الامام أبى حنيفة ، ثم كان بعد ذلك الامام الشافعى وحصة العرف فى فقه هذا الامام واضحة وآية ذلك اختلاف مذهبه فى مصر عن مذهبه فى العراق ، ولأهمية العرف وتأثيره البالغ فى الفقه الاسلامى وفق الوضع السابق قال فيه العلامة ابن عابدين الحنفى :

والعرف فى الشرع له اعتبار   لذا الحكم عليه قد يدار

وقد ضبط الفقهاء أخيرا هذا العرف واعتبره بعضهم دليلا مستقلا من الأدلة الشرعية فما هذا العرف ؟ وما أقسامه ؟ وما مدى حجيته ؟ وما القواعد الفقهية التى نشأت فى كنفه ؟ هذا ما سوف نبسط القول فيه .

١ ــ تعريف العرف :

العرف هو كل ما اعتاده الناس وتعارفوه وساروا عليه فى حياتهم من قول أو فعل أو ترك ، وقد اختار الامام الغزالى ضبطه بقوله : « ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول » فهو أمر يبدأ وقوعه فى النفس من جهة ركون العقل اليه لحاجة تحمل على ذلك ثم تتلاءم الطباع معه قابلة وهاضمة ، وبهذا يغدو أمرا مألوفا ويكون جزءا من حياة الناس وجانبا منها .

هـذا ومما يتصل بالعرف العادة ويعرفها الفقهاء بأنها : « الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » مأخوذة من المعاودة وهى تكرار الفعل ، وواضح أن العادة وان بدأت معتمدة على التكرار من غير أن يكون هناك حامل عقلى عليها فانها تنتهى الى الالتقاء بالعرف والاتفاق معه اذا اعتادها كل الناس ، ولهـذا نستطيع القول بأن العرف والعادة العـامة لكل الناس بمعنى واحـد وعطفهما على بعضهما من تعاطف المترادفات لافادة التأكيد .

أما العادة الفردية كعادة الشخص فى أكله وشربه ونومه فهى أمر مغاير للعرف والعادة حسب اطلاق الفقهاء لهما بحسبان أنهما لفظان يؤديان معنى واحدا .

٢ — الفرق بين العرف والاجماع :

يعرف الاجماع أصولا بأنه : « اتفاق مجتهدى المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول ﷺ على حكم شرعى » ولهذا فهو يقتضى وجود مجتهدين ، وأن يتفق هؤلاء المجتهدون بعد نظرهم ومشورتهم لبعضهم على حكم المسـألة المعروضة عليهم ، أما العرف فهو اتفـاق الأمة فى عمومها لا فرق بين مجتهديها وغيرهم من عوامها على سلوك معين أو اطلاق محدد يدعو اليه حس الأمة وتحمل عليه حاجتها وظروفها من غـير بحث ونظر . وأيضا فالاجماع يلحظ فيه معالجة المسـألة المعروضة ثم الاجماع على حكمها ، أما العرف فيكون أمرا تلقائيا عفويا تحمل عليه بواعث داخلية .

٣ — أنواع العـرف :

ينقسم العرف الى أقسام مختلفة باعتبارات مختلفة فهو من ناحية نشوئه نتيجة فعل أو قول ينقسم الى عرف عملى وعرف قولى — ومن ناحية العموم والخصوص ينقسم الى عرف عام وعرف خاص — ومن ناحية الصحة والفساد ينقسم الى عرف صحيح وعرف فاسد ...

والعرف العملى هو ما جرى عليه عمل الناس وألفوه فى معاملاتهم كتعارف الناس البيع بالتعاطى بأن يدفع المشترى الثمن ويأخذ السلعة من التاجر من غير أن يستخدما فى ذلك صيغة البيع المعهودة ، الايجاب والقبول • وتعارفهم قسمة المهر فى الزواج الى جزء مقدم وجزء مؤخر •

والعرف القولى هو تعارف الناس ارادة معنى من اللفظ غير معناه الأصلى كتعارفهم اطلاق لفظ « الولد » على الذكر دون الأنثى مع أنه فى أصل الاطلاق اللغوى يشمل كلا منهما يقول تعالى فى شأن ميراث الأبناء : **« يوصيكم الله فى أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين »**(١) وكلمة أولادكم فى الآية شاملة للذكر والأنثى بدليل ما جاء بعد ذلك من جعل نصيب الأنثى نصف نصيب الذكر والآية فى هذا جارية على الاطلاق اللغوى وكتعارفهم اطلاق لفظ البيت على البيت الذى يتخذ للسكنى مع أنه فى اللغة يشملها ويشمل المساجد : **« فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه »**(٢) ، **« يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون »**(٣) •

وكتعارفهم اطلاق لفظ اللحم على ما عدا لحم الحيتان مع أنه فى اللغة عام يشملها يقول تعالى : **« ومن كل تأكلون لحما طريا وتستخرجون حلية تلبسونها »**(٤) •

والعرف العام هو ما يتعارفه أهل البلدان جميعا فى زمن من الأزمان كتعارفهم عقد الاستصناع ، ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيه وتعداد الماء الذى يستهلكه •

والعرف الخاص هو تعارف أهل بلدة معينة أو اقليم أو طائفة أو قبيل معين من الناس أو أهل صناعة أو أرباب حرفة ، كتعارف أهل العراق على اطلاق لفظ الدابة على الفرس مع أنها فى أصل اللغة اسم

---

(١) النساء : ١١ (٢) النور : ٣٦
(٣) النور : ٢٧ (٤) فاطر : ١٢

لكل ما يدب على ظهر الأرض ، وتعارف التجار على اعتبار الدفاتر التى تقيد فيها الديون حجة فى اثبات هــذه الديون •

والصحيح من العرف هو ما تعارفه الناس ولا يناقض دليلا شرعيا ، ولا يبطل واجبا ، ولا يحل محرما كتعارفهم أن الزوجة لا تنتقل الى بيت الزوجية الا بعــد أن تقبض جزءا من المهر ، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يعتبر من باب الهدية وليس جزءا من المهر •

والعرف الفاسد هو ما تعارفه الناس ولكنه يناقض الأدلة الشرعية ويكون فيه تحليــلا لمحرم كتعارف الناس اليوم التعامل بالفــائدة ، واختلاط النساء بالرجال فى الحفلات والأندية والمصايف ، وتقــديم الخمور فى الحفلات ، ولعب القمار فى الأندية ، والرهان •• والى غير ذلك •

٤ ــ حجيــة العــرف :

يعتبر العرف الصحيح حجــة فى التشريع ، أما العرف الفاسد فليس بحجة ولا تنبغى مراعاته ، ويجب طرحه لمعارضته للأدلة الشرعية ، ولأن اعتبــاره وهو على هــذه الكيفية يفضى الى نقض عرى الدين وتقويض أركانه والتحلل من أحكامه بمرور الزمن •

وقد استدل الفقهاء على حجية العرف بقوله تعالى : « **خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين** »[٥] والحديث : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وعلى أساس من ذلك اعتبر الفقهاء وبخاصة الحنفية والمــالكية العرف معينا تستقى منه الأحكام الشرعية عند عدم وجدان النص على المسألة ، وأساسا من الأسس التى يرجع اليها فى تفسير النصوص الظنية فى دلالتها وفى ضوء ذلك جاءت عن الفقهاء القواعد الفقهية التالية :

(أ) المعروف عرفا كالمشروط شرطا •
(ب) العــادة محكمـــــــــــــة •
(ج) الثابت بالعرف كالثابت بالنص •
(د) الحقيقة تترك بدلالة العــرف •

---

(٥) الأعراف : ١٩٩

٥ ـ شروط اعتبـار العرف :

يشترط فى العرف ليتم اعتباره دليلا وحجة الشروط التالية :

(أ) أن يكون مطردا بين الذين تعارفوه فى جميع ما يقع بينهم من معاملات أو غالبا عليها ، فاذا قام التعامل به فى بعض الحوادث وأهمل فى بعضها فلا يصح اعتباره دليلا ولا مستندا ، ولهذا جاء فى القواعد الفقهية : « انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت » .

(ب) أن يكون موجودا وقت انشاء الفعل دون تأخير عنه فلو كان العرف طارئا فلا يعتد به ، فلو أن شخصا مثلا وقف أرضا على العلماء وكان المتعارف من هـذا اللفظ علماء الدين والفقه عند انشاء الوقف ، ثم تعورف بعـد زمن كما هو الحال الآن مثلا اطلاق هـذا اللفظ شـاملا لهؤلاء وللمتخصصين فى الطب والكيمياء والطبيعـة والرياضيات ، وأريد توزيع ريع الوقف الآن فسر كتاب الوقف بالعرف الموجود وقت انشاء الوقف ولا عبرة بالعرف السائد الآن فى الاطلاق لأنه عرف جديد طارىء بعد انشاء الوقف .

(جـ) ألا يعارض العرف تصريح بخلافه ، فلو كان العرف مثلا تعجيل نصف المهر وتأجيل نصـفه الآخر لكن الزوجة اشترطت على زوجها تعجيل كل المهر ورضى هو بذلك فان العرف لا يحكم فى مثل هـذه الحال ، لأن اللجوء الى العرف لا يكون الا اذا انعدم ما يفيد غرض العاقدين صراحة ، فحيث علم المقصود صراحة بشرط واقع بين المتعاقدين لا يصار الى العرف .

(د) ألا يكون العرف مخالفا لنص معطلا له ، والمخالفة الممنوعة كما هو واضح من صـدر الشرط هى المخالفة التى تفضى الى ابطال النص كلية وعدم العمل به ، أما اذا لم يكن الشأن كذلك بأن جاء النص عاما وجاء العرف بمخالفته فى بعض الأفـراد فانه يعتبر من باب المخصص له ، ومن المعلوم من باب العام والخاص أن العرف يعتبر من المخصصات فى الفقه الاسلامى .

ومن الأمثـلة على ذلك تخصيص الوالدات فى قوله تعـالى : « **والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين** »[٦] بمن عـدا الوالدة الرفيعه التى ليس عليها عادة أن ترضع أبنها وقد ذهب الى ذلك الامام مالك ، قال ابن القاسم فى المدونة « وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها ارضاع ابنها ؟ قال : نعم يلزمها ارضاع ابنها على ما احبت أو كرهت الا ان تكون ممن لا تكلف ذلك ، قال : فقلت لمالك : ومن التى لا تكلف ذلك ؟ قال : المرأة ذات الشرف واليسار التى ليس مثلها ترضع وتعالج الصبيان فارى ذلك على أبيه وان كان لها لبن»[٧] وكتخصيصهم للطعام فى حديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام بجنسه متفاضلا بالطعام الذى كان متعارفا اطلاق لفظ الطعام عليه وقت النهى[٨] .

٦ — تغير الأحكام المبنية على العرف بتغير الأزمان :

نسبة لتغير الأعراف بتغير الأزمان فان الأحكام المبنية عليها تتغير أيضا وتتبدل تبعا لمـا يعترى الأعراف نفسها من التغيير والتبديل ، لأن العرف وليد حاجة فاذا تغير دل على انتفاء تلك الحاجة ووجود حاجة جديدة تناسب العرف الجديد فيقضى هـذا بتغير الحكم ليغدو مسايرا للحاجة الجديدة وبذلك يكون محققا للمصلحة ودافعا للحرج والعسر ، وفى ضوء هـذا جاءت القاعدة الفقهية « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » ومن الأمثلة على ذلك :

(ا) أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والامامة والأذان وسائر الطاعات ، وكان المتقدمون يفتون بعدم جواز الأجر والسبب فى تغير الفتوى راجع الى تغير العرف ، وانقطاع عطايا المسلمين التى كانت مقررة فى بيت المـال …

(ب) أفتى الامام أبو يوسف ومحمـد (الصاحبان) من فقهاء الحنفية بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهود وانما لابد من التزكية

---

(٦) البقرة : ٢٣٣ (٧) المدونة ٥/٤١٦
(٨) علم أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٨٨

محافظة على حقوق الناس وحفظا لها من الضياع ، لأن الناس قد دخلوا والزمان قد تغير ، وكان الامام أبو حنيفة يفتى بالاكتفاء بظاهر العدالة بناء على ما كان فى زمنه من غلبة العدالة .

(جـ) افتى الصاحبان أيضا بتحقق الاكراه من غير السلطان نظرا لفساد الزمان وتغير الحال وفشو الظلم ، وكان الامام أبو حنيفة يفتى بتحقق الاكراه من السلطان فقط ، نظرا لأن المنعة والقوة والغلبة فى زمنه لم تكن لغير السلطان .

(د) أفتى فقهاء الحنفية بترتيب الضمان على من سعى بغيره كذبا حتى أوقعه فى اتلاف لمــاله مع أن ذلك يخالف قاعدة مقررة عندهم وهى أن الضمان دائما على المباشر دون المتسبب لكنهم خالفوا القاعدة وضمنوا الواشى لكثرة فســاد الواشين ، وليكون فى ذلك ردعا لهم وزجرا[9] .

هــذا والأحكام المبنية على تغير الأعراف كثيرة وفى هــذا يقول العلامة ابن عابدين : « لابد للحاكم من فقه فى أحكام الحوادث الكلية ، وفقــه فى نفس الواقع وأحوال الناس يميز بين الصادق والكاذب ، ثم يطابق هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع — وكذلك المفتى الذى يفتى بالعرف لابد له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هــذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أو لا ، ولابد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل »[10] ...

* * *

---

(٩) راجع الوســيط فى أصــول الفقه للدكتور وهبــه الزحيلى ص ٤٨٥ — ٤٨٧ .

(١٠) راجع أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٦٤ .

● **هل العرف دليل مستقل ؟**

ان من يدقق النظر فى العرف لا يجده دليلا مستقلا فهو فى غالب أحواله داخل فى باب العمل بالمصالح لأن ما تفرضه ضرورات الناس وحاجاتهم حتى يغدو عرفا عاما لهم لابد من مراعاته واعتباره بحكم ما فيه من مصلحة ما دام أنه لم يقم عليه نص مباشر فى القرآن والسنة ولم يحدث فيـــه اجماع ، كمــا أن جزءا من العرف يدخـــل فى باب الاستحسان وقد بينا ونحن ندرس الاستحسان أن العدول عن موجب القياس العــام قد يكون فى بعض الأحيان مبعثه العرف والعــادة ، وأن اعتباره مخصصا يدخل فى باب العموم والخصوص وتندرج تحت هــذا كل الحالات التى يكون فيها العرف مساعدا فى تفسير نص من النصوص والحالات التى يرجع فيها اليه لبيان العقود التى تقع بين الناس وجعلها محكومة بعرف زمانهم فان هــذا يعتبر تخصيصا من العــرف للعقد والاتفــاق وحمله على الصــورة التى جرى عليهــا عرف الناس ....

* * *

الفصل الرابع

سد الذرائع

الذريعة في اللغة الوسيلة والطريقة الى الشيء[1] .

وفي الاصطلاح مخصصة : « بالمسألة التي ظاهرها الاباحة ويتوصل بها الى فعل محظور »[2] فكل شيء مباح في ذاته لكنه يفضي الى محظور فهو ممنوع ، فمعنى سد الذرائع حسم مادة الفساد دفعا لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيله للمفسدة كان ممنوعا .
وتقرير هذه القاعدة يرجع الى أن موارد الأحكام تنقسم الى قسمين : مقاصد وهي ما يهدف اليه الشارع أساسا ، ووسائل وهي الأمور المفضية الى تلك المقاصد وكل وسيلة تأخذ حكم القصد الذي تفضي اليه يقول القرافي : « الوسيلة الى أفضل المقاصد أفضل الوسائل والى أقبح المقاصد أقبح الوسائل والى ما هو متوسط متوسطة »[3] ويقول ابن القيم موضحا هذا أكثر « لما كانت المقاصد لا يتوصل اليها الا بالأسباب والطرق التي تفضي اليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب افضائها الى غاياتها فوسيلة المقصود تابعة للمقصود . وكلاهما مقصود ولكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل ، فاذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي اليه فانه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ، ومنعا أن يقرب حماه ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية اليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه

---

(١) أصلها عند العرب ما تألفه الناقة الشاردة من الحيوان لتنضبط به — الزرقاني على مختصر خليل ٥/٩٨

(٢) الاشارات لأبي الوليد الباجي ص ١١٣ — المقدمات الممهدات لابن رشد ، ص ٥٢٤

(٣) الفروق للقرافي ٢/٣٢

يأبى ذلك كل الاباء بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك : فان أحدهم اذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شىء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة اليــه لعد متناقضا ويحصل من جنده ورعيته ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء اذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة اليه ، والا فسد عليهم ما يرون اصلاحه فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التى هى أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال(٤) .

***

● **أقســام الذرائع :**

قسم ابن القيم الذرائع من أفعال وأقوال الى أربعة أقسام :

(١) ذريعة أو وسيلة موضوعة للافضاء الى المفسدة كشرب الخمر المفضى الى مفسدة الســكر ، وكالقذف المفضى الى مفسدة الفرية ، والزنا المفضى الى اختلاط الأنساب .

(٢) ذريعة أو وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بهــا التوسل الى المفسدة لكنها قد تفضى اليها الا أن مصلحتها أرجح من مفسدتها وأمثلة هذا : النظر الى المخطوبة ، وكلمة الحق عند السلطان الجائر .

(٣) ذريعة أو وســيلة موضوعة للمباح قصد بهــا التوسل الى المفسدة كمن يعقد النكاح قاصدا به التحليل أو يعقد البيع قاصدا به الربا كبيع العينة .

(٤) ذريعة أو وســيلة موضوعة للمباح لم يقصد بهــا التوسل الى المفسدة لكنها مفضية اليها غالبا ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، وأمثلة هذا : سب آلهة المشركين ، وتزين المتوفى عنها زوجها فى العدة(٥) .

والقسم الأول — من الأقسام الأربعة — ممنوع وتأتى درجات المنع منه وكراهيته حسب ترقيه فى درجات المفسدة ، والقسم الثانى مباح وتأتى درجات اباحته حسب ترقيه فى درجات المصلحة ..

---

(٤) اعلام الموقعين لابن القيم ١١٩/٣

(٥) راجع اعلام الموقعين ١٢٠/٣

يبقى بعد ذلك النظر فى القسمين الثالث (وهو الأمر المباح فى أصله الذى قصد به التوسل الى المفسدة) والرابع (وهو الأمر المباح فى أصله الذى لم يقصد به التوسل الى المفسدة لكنه يفضى اليها ومفسدته أرجح من مصلحته) ..

وقد اتفق الفقهاء على سد هـذا النوع من الذرائع لأن ما يؤدى اليه من مفسدة أرجح من المصلحة التى فيه — واختلفوا فى النوع الثالث وهو الأمر المباح فى أصله الذى قصد به التوسل الى المفسدة (كنكاح التحليل وبيع العينة) فذهب المالكية والحنابلة الى أنه ينبغى أن تسد مثل هـذه الذرائع لأن اباحتها تؤدى الى التحلل من التشريع ، وذهب الامام الشافعى الى التفرقة بين حالة ما اذا ظهر قصد المتعاقدين فى هـذه العقود وأنهم يتوسلون بها الى المحرم فانها تمنع ، وحالة ما اذا لم يظهر قصدهم فانها لا تمنع ، وواضح أن خلاف الامام الشافعى هنا ليس خلافا فى أصـل سد الذرائع لأن الامام الشافعى لا يجيز التذرع الى الربا بحال الا أنه لا يتهم من لم يظهـر منه قصـد الى الممنوع .. (٦) .

فالاختلاف بين الامام الشافعى من جهة والامام مالك وابن حنبل من جهة أخرى لا يعتبر اختلافاً فى أصل سد الذرائع وانما يعتبر بحق كما قال الشيخ محمود عبد الله دراز : « اختلاف فى المناط الذى يتحقق فيـه التذرع وهو من تحقيق المناط فى الأنواع فمالك يجعل وجود اللغو فى البيعة المتوسطة دليلا على قصد التوسل الى الممنوع ، والشافعى يزيد فى المناط ويجعـل دليلا أخص من هـذا فلو صورت المسألة بأنه باع له حيوانا بعشرة الى أجل ثم بعد شهر خرج الى السوق ليشترى بدل الحيوان ، فيوجد المبيع معروضا فى السوق وقد حالت الأسواق مثلا أو تغير فاشتراه بخمسة نقدا فهذا ظاهر فى أنه لم يقصد الممنوع لكنه بيع فاسد عند مالك ولو لم يقصده — كما قال الدردير فى شرحه الصغير — وقال ابن رشد : « انه لا اثم على فاعله فيما بينه وبين

---

(٦) الموافقات للشاطبى ٢٠٠/٤ تحقيق دارز .

الله حيث لم يقصد الممنوع معنى وانما ذلك الفســـاد لاطراد حكم الحاكم فقط »[٧] .

وبناء على هــذا فان المذاهب كلها تكون آخذة بأصل سد الذرائع فى الجملة وفى هــذا يقول القرافى من المــالكية : « وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المــالكيه بل الذرائع ثلاثه أقسام : قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الابار فى طرق المسلمين فانه وســـيلة الى اهلاكهم فيها وكذلك القاء السم فى اطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعـــالى عند سبها ، وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من العنب خشية الخمر فانه لم يقل به أحد ، وكالمجاورة فى البيوت خشية الزنا ، وقسم اختلف فيه العلمــاء هل يسد أم لا ؟ كبيوع الأجال عندنا كمن باع سلعة بعشرة دراهم الى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك يقول انه أخرج من يده خمسة الان وأخذ عشرة آخر الشهر ، فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة الى أجل توسلا باظهار صورة المبيع ، لذلك ، والشافعى يقول : ينظر الى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعى . فليس سد الذرائع خاصا بمالك رحمه الله بل قال بها هو أكثر من غيره ، وأصل سدها مجمع عليه[٨] ....

هــذا ويلاحظ على تقسيم ابن القيم السابق أن القسم الأول الذى اعتبره واحدا من أقسام الذرائع ليس هو فى الواقع من باب الذرائع وانما من باب المقاصد لأن شرب المسكر حرام لذاته كما أن القذف والزنا محرمان لذاتهما ، وليس ذلك من باب الذرائع ، ولو ساغ لنا أن نعتبر هــذا النوع من أقسام الذرائع لأدخلنا فيه كل الأمور المنهى عنها شرعا لأن كل أمر منهى عنه لابد من أن يكون مفضيا الى مفسدة منعه الشارع من أجلها .

* * *

---

(٧) الموافقات ١٠١/٤ (هامش)

(٨) شرح تنقيح الفصـــول للقرافى ص ٢٠٠ ، والفروق ٣٢/٢ وارشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٧ .

● الدليل على سد الذرائع :

قام الدليل على سد الذرائع من الكتاب والسنة وعمل الصحابة ، فمن الكتاب :

(١) قوله تعـــالى : « **ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم** »[٩] ووجه الدلالة فى الآية على المقصود أن الله حرم سب آلهة المشركين لئلا يؤدى ذلك الى سب الله تعـــالى ، ومصلحة ترك مسبته تعالى فى ذلك أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم ، وفى هــذا تنبيه على المنع من الجـــائز لئلا يكون ســـببا فى فعل ما لا يجوز .

(٢) قوله تعـــالى : « **ولا يضربن بأرجلهن ليعـــلم ما يخفين من زينتهن** »[١٠] ، ووجه دلالة الآية على المراد أنه سبحانه منعهن من ضرب الأرجل ، وان كان هــذا الفعل جائزا فى نفسه لئلا يكون سببا فى سماع الرجال صدى حركة الحلى فيثير ذلك فيهم دواعى الشهوة ، فالفعل فى نفسه مباح لكن ما أدى اليه ممنوع ، ولذلك منع .

(٣) قوله تعـــالى : « **يا أيها الذين آمنـــوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا** »[١١] ، ووجه دلالة الآية أن الله سبحانه وتعالى نهاهم أن يقولوا هــذه الكلمة مع أن قصدهم حسن فى قولها لئلا يكون قولهم ذريعة الى التشبه باليهود فان اليهود كانوا يأتون النبى ﷺ فيقولون : يا أبا القاسم ، راعنا .. توهم أنها تريد الدعاء من المراعاة وهى تقصد به فاعلا من الرعونة[١٢] .

وأدلتها من الســـنة :

(١) ما روى أن النبى ﷺ قال : « من الكبار شتم الرجل والديه »

---

(٩) الأنعام : ١٠٨ (١٠) النور : ٣١
(١١) البقرة : ١٠٤
(١٢) انظر أحكام القرآن لابن العربى ٣٢/١

قالوا : يا رسول الله ، وهل يشتم الرجل والديه ؟ قال : « نعم ، يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه »[١٣] .

(٢) نهيه ﷺ عن قتل المنافقين وقوله فى تعليل ذلك : « لئلا يتحدث الناس أن محمدا يقتل أصحابه »[١٤] فكفه ﷺ عن قتل المنافقين مع أن قتلهم مصلحة فى ذاته لئلا يكون ذلك ذريعة لنفور الناس عنه .

(٣) نهيه ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها لئلا يؤدى ذلك الى قطع الأرحام[١٥] .

(٤) قوله ﷺ : « دع ما يريبك الى ما لا يريبك »[١٦] .

(٥) قوله ﷺ : « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى المشتبهات كان كالواقع فى الحمى يوشك أن يقع فيه » وقال : « ألا لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه ، ومن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه »[١٧] .

ومن عمل الصحابة بسد الذرائع :

(١) أن سيدنا أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان كراهية أن يظن من رآهما وجوبها[١٨] .

(٢) أن سيدنا عثمان رضى الله عنه أتم الصلاة بالناس فى الحج ثم خطب وقال : ان القصر سنة رسول الله ﷺ وصاحبيه ولكن حدث طغام فخفت أن يستنوا[١٩] .

---

(١٣) الحديث رواه الترمذى بسنده الى عبد الله بن عمرو — راجع جامع الترمذى مع تحفة الأحوذى ١١٢/٣ — وأخرجه البخارى فى باب الأدب ، ومسلم فى الايمان .
(١٤) الحديث رواه مسلم . (١٥) الحديث رواه البخارى .
(١٦) الحديث رواه البخارى . (١٧) الحديث رواه البخارى .
(١٨) الموافقات ٣١٠/٣ .
(١٩) كنز العمال ٢٣٩/٤ ، وراجع تعليل الأحكام للشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٤٥ .

(٣) أن سيدنا عمر نهى عن نكاح نساء أهل الذمة سدا لذريعة مواقعة المومسات منهن ، وما يجلبه ذلك من صياع الولد بافساد خلقه اثر أن حذيفة تزوج بيهودية فكتب اليه سيدنا عمر : أن خل سبيلها ، فكتب اليه حذيفة : أحرام هى ؟ فكتب اليه عمر : لا ، ولكنى أخشى مواقعة المومسات منهن(٢٠) .

(٤) ما قضى به — رضى الله عنه — فى أمر الرجل الذى تزوج بالمرأة فى عدتها بتطليقها منه وتحريمها عليه تحريما مؤبدا زجرا لغيره وسدا لذريعة الفساد ، روى الامام مالك فى الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار : « أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى ، فطلقها ونكحها غيره فى عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات بالمخفقة وفرق بينهما ثم قال : « أيما امرأة نكحت فى عدتها ، فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً »(٢١) .

(٥) ضربه — رضى الله عنه — لصبيغ العراقى حين كان يطوف حاملا القرآن ليسأله الناس عن مشكلة منعا له من ذلك وسدا لذريعة الاشتغال بما لا ينبنى عليه عمل(٢٢) .

هذا ولم ينكر أصل سد الذرائع سوى الامام الظاهرى ابن حزم ، وانكار الامام ابن حزم للذرائع يتمشى مع مبدئه الظاهرى وهو الأخذ بظواهر النصوص فقط دون الاتجاه الى المعانى التى يهدف اليها النص ، وقد جاء فى ذلك قوله : « ذهب قوم الى تحريم أشـــياء من طريق الاحتياط وخوف أن يتذرع منها الى الحرام البحت ، واحتجوا لذلك بما روى عن النعمان بن بشير قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « ان الحلال بين ، وان الحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس

---

(٢٠) أحكام القرآن للجصاص ٣٩٧/٢
(٢١) الموطأ بشرح السيوطى ٩/٢
(٢٢) الاعتصام للشاطبى ٥٤/٢

فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، وان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه »[٢٣] وبعد أن يورد روايات متعددة للحديث يلحق ذلك بقوله : « فهذا حض منه عليه الصلاة والسلام على الورع ، ونص جلى على أن ما حول الحمى ليس من الحمى ، وأن تلك المشتبهات ليست بيقين من الحرام واذا لم تكن مما فصل من الحرام فهى على حكم الحلال بقوله تعالى : **« وقد فصل لكم ما حرم عليكم »**[٢٤] فما لم يفصل فهو حلال بقوله تعالى : **« هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا »**[٢٥] .

وبقوله ﷺ : « أعظم الناس جرما فى الاسلام من سأل عن شىء لم يحرم فحرم من أجل مسألته »[٢٦] .

فابن حزم — وهو يعبر عن رأى الظاهرية — يقول بعدم الأخذ بسد الذرائع ويرى أن كل أمر مشتبه فيه يكون حلالا ، وأن النهى الوارد فى الحديث المقصود منه الورع الا اذا كان الفعل ليس مشكوكا فيه . وانما تيقن أداؤه الى الحرام فهذا ممنوع وذلك نحو ماءين كل واحد منهما مشكوك فى طهارته متيقن نجاسة أحدهما من غير تعيين فاذا توضأ بهما جميعا كنا موقنين بأنه اذا صلى صلى وهو حامل نجاسة فهذا لا يجوز ، وكذلك القول فى ثوبين أحدهما نجس بيقين لا يعرف بعينه[٢٧] .

ويشتد ابن حزم فى عدم القول بسد الذرائع فيرى أن كل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشىء خوف ذريعة الى ما لم يكن بعد فقد حكم بالظن ، واذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل ، وهـذا لا يحل وهو حكم بالهوى وتجنب للحق ، نعوذ بالله من كل مذهب أدى الى هـذا مع أن هـذا المذهب فى ذاته متخاذل متفاسد متناقض

(٢٣) الحديث رواه البخارى . (٢٤) الأنعام : ١١٩
(٢٥) البقرة : ٢٩
(٢٦) الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٧٤٦/٦
(٢٧) الاحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ٧٤٦/٦

لأنه ليس أحد أولى بالتهمة من أحد واذا حرم تسيئا حلالا خوف تذرع الى حرام فليخص الرجال خوف أن يزنوا ، وليقتل الناس خوف أن يكفروا ، وليقطع الأعناب خوف أن يعمل منها الخمر •

وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب فى الأرض ، لأنه يؤدى الى ابطال الحقائق كلها(٢٨) •

واضح من استدلال ابن حزم على منع القول بالذرائع أنه يجرى على فلسفة مذهبه فى التعلق بظاهر النصوص ، ولذلك فهو يرى أن كل ما لم ينص على تحريمه يبقى على الاباحة الأصلية ، وبذلك يختلف نظر ابن حزم عن نظر القائلين بسد الذرائع ، فان القائلين بحجيتها جعلوا غلبة الظن فى الأداء الى الحرام سببا فى التحريم واستدلوا على ذلك بنصوص كثيرة تعطى الوسيلة حكم المقصد الذى تفضى اليه — أما ما ذكره من خصاء الرجال خوف أن يزنوا وقتل الناس خوف الكفر ، وقطع الأعناب خشية اتخاذ الخمر منها لو فتح القول بسد الذرائع — حسب تصويره — فانه مردود بأن القائلين بسد الذرائع استثنوا ذلك اعتمادا على أن المصلحة فيه متوهمة الوقوع وأن فى منعه نفسه مفسدة تفوق المصلحة المترتبة على عدم منعه •

* * *

● **فتح الذريعـــة :**

يذهب القرافى الى أن الذريعة كما تسد تفتح ، ويقول فى ذلك : «اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها ، وتكره وتندب وتباح»(٢٩) ويذكر لذلك أمثلة :

(أ) يجوز دفع المـال للمحاربين الكفار توصلا الى فداء الأسرى المسلمين ، ودفع المـال للمحاربين فى الأصل محرم لأنه يؤدى الى

(٢٨) الأحكام ٤٤٩/٦

(٢٩) تنقيح الفصول للقرافى ص ٤٩ وراجع أصول الأحكام للزميل الدكتور حمد الكبيسى ص ١٤٧ ..

تقوية الكفار ويضر بجماعة المسلمين ولكنه أجيز لدفع ضرر أكبر وهو تخليص أسرى المسلمين من الأسر وتقوية المسلمين بهم •

(ب) يجوز دفع المـــال للدولة المحاربة لدفع أذاها وخطرها اذا لم يكن جماعة المسلمين على مستوى القوة يستطيعون به حماية بلادهم •

وعندى أن صور فتح الذرائع ـــ أى اباحة الممنوع للتوسل به الى أمر مباح ـــ تدخل فى باب الضرورة اذ الضرورات تبيح المحظورات كما هو مقرر والأمثلة التى ساقها القرافى لذلك وأوردناها تشهد لمـــا أقول فدفع المـــال لتخليص أسرى المسلمين أجيز وأبيح مع أنه فى الأصل غير جائز للضرورة وكذلك دفع المـــال للدولة المحاربة ، ولهذا فلا يصح ـــ فيما أرى ـــ أن تفتح الذرائع مطلقا وانما تفتح على سبيل الاستثناء فى الحالات التى تستوجب ذلك •••

* * *

الفصل الخامس

الاستصحاب

الاستصحاب فى اللغة طلب المصاحبة أى الملازمة ، يقال : استصحب فلان فلانا أى طلب منه ملازمته وعدم مفارقته .

وفى الاصطلاح : هو الحكم على الشىء بما كان ثابتا له أو كان منفيا عنه عند عدم قيام الدليل على خلافه[1] ومعنى هذا التعريف أن الاستصحاب هو عبارة عن استمرار الحكم السابق اثباتا أو نفيا ما دام أنه لم يرد دليل يخالف ذلك الحكم ويغير من وضعه وشأنه ...

مثال ذلك أن المجتهد اذا واجهه عقد أو تصرف وبحث عن حكمه فى القرآن والسنة والاجماع ووسائل النظر الأخرى من قياس ومصلحة مرسلة واستحسان الخ .. لكى يؤخذ حكمه منه فلم يجد له فى ذلك حكما وسعه أن يحكم باباحة هذا العقد والتصرف بناء على ما كان ثابتا له من قبل وهو الاباحة الأصلية ، وحين يفعل ذلك يكون مستصحبا الحال التى كان عليها شأن هذا العقد والتصرف من اباحته وبراءته فى الأصل وبذلك يكون محتكما لدليل الاستصحاب ...

وكذلك اذا شغلت ذمة شخص بشىء نتيجة التزام به أو اتلاف له ، فان التزامه به أو اتلافه له يرتب عليه الشرع ثبوته فى ذمته ودوام هذا الثبوت استصحابا للحال الى أن ينشأ دليل آخر ينبىء عن براءة ذمة هذا الشخص من الالتزام أو الاتلاف .

ومن تزوج فتاة بكرا ثم ادعى بعد دخوله بها أنها ثيب تكون دعواه غير مقبولة استصحابا لأن البكارة هى الأصل فتستمر حتى تقوم البينة على عدمها .. وهكذا .

---

(١) راجع أصول التشريع الاسلامى للشيخ على حسب الله ص١٦٨

فالاستصحاب هو استمرار الحال الأول الذى كان عليه الأمر من حيث الثبوت أو النفى ما دام أنه لم ينهض فى ذلك دليل جديد يغير الحال الأول .

* * *

● أنواع الاستصحاب :

يمكن أن نرد أنواع الاستصحاب الى خمسة الأنواع التالية فى ضوء ما ذكره الأصوليون :

الأول : استصحاب حكم الاباحة الأصلية فى الأمور التى لم يرد عن الشارع دليل بتحريمها .

الثانى : استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان المقتضى له وشغل الذمة بما أتلف عند اتلافه .

الثالث : استصحاب العدم الأصلى بدليل العقل فى الأحكام الشرعية كبراءة الذمة من التكليف بوجوب صلاة سادسة مثلا .

الرابع : استصحاب الحكم الثابت بالاجماع اذا وقع نزاع بعد فيما تم الاجماع عليه .

الخامس : استصحاب العموم الى أن يرد تخصيص ، واستصحاب النص الى أن يرد نسخ .

ويضيف المعتزلة (القائلون بحكم العقل عند عدم الشرع) سادسا هو استصحاب الحكم العقلى فى الأشياء الى أن يرد دليل سمعى فيها ولم نعد هذا الضرب فى أنواع الاستصحاب لاجماع أهل السنة على أنه لا حكم للعقل فى الشرعيات ، هذا وسوف نأخذ فى بيان هذه الأنواع واحداً تلو الآخر مبينين فى ذلك معناه وآراء الأصوليين فيه .

١ ــ الاباحة الأصلية :

يعنى بالاباحة الأصلية اباحة الأشياء النافعة التى لم يرد عن الشارع فيها حكم معين ، ومقتضى عدم ورود الشرع فيها بحكم أنها

تكون مباحة بناء على أن القاعدة والأصل الاباحة وأن المنع والحظر وارد عليها ولهذا يسمونها بالاباحة الأصلية أى الجارية على الأصل المستندة عليه .

واباحة الأشياء التى لم يرد فيها نص عن الشارع بناء على مبدأ الاباحة الأصلية هو ما انتهى اليه جمهور الأصوليين وقد ادعى البعض اجماعهم على ذلك[٢] .

لكن هذا غير صحيح لما نقل عن بعض المتكلمين من أن الأصل الحظر حتى يقوم الدليل المبيح ، كما نقل عن بعضهم التوقف فى المسألة وعدم الحكم بحظر أو اباحة[٣] .

هذا وقد استدل الجمهور الذى انتهى الى مبدأ الاباحة الأصلية بأدلة منها :

(١) قوله تعالى : « **وما كان الله ليضل قوما بعد اذ هداهم حتى يبين لهم ما يتقون** »[٤] والدليل فى الآية على المراد أن الله لا يدخل قوما فى الضلالة والمعصية بعد التوحيد والاسلام حتى يبين لهم المعاصى وموجبات الضلالة .

وبناء على ذلك فان ما يدخلون فيه قبل البيان لا يكون ضلالا ولا معصية فلا يكون حراما .

(٢) قوله تعالى : « **وما لكم الا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم** »[٥] وجه الدلالة فى الآية أن التحريم لو لم يكن موقوفا على البيان لما كان ثمة وجه لانكاره — جل شأنه — لعدم الأكل مما ذكر اسم الله عليه معللا ذلك بأن المحرمات مفصلة .

(٣) قوله تعالى : « **قل لا أجد فى ما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير** »[٦] ...

---

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ص ٣٥٥
(٣) المرجع السابق والصفحة نفسها
(٤) التوبة : ١١٥ .
(٥) الأنعام : ١١٩
(٦) الأنعام : ١٤٥

والدليل فى الآية يؤخذ من الحصر الوارد فيها فان مفهوم هـذا الحصر يدل على عدم حرمة ما سوى المذكور من المحرمات .

(٤) قوله تعـالى : « **هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا** »(٧) فان المولى جل وعلا يخبر فى هـذه الآية بانه قد خلق كل ما فى الأرض لننتفع به فيكون الانتفاع بجميع المخلوقات مأذون فيه شرعا ..

(٥) قوله تعـالى : « **قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق** »(٨) والاستفهام فى الاية استفهام انكارى يفهم منه عدم تحريمها وأنها مباحة .

٢ — استصحاب ما دل الشرع على ثبوته :

هـذا هو النوع الثانى من أنواع الاستصحاب التى عددناها ويعنى اسـتمرار حكم ما دل الشرع على ثبوته ودوامه كالملك عند جريان المقتضى له وهو العقد فمتى ما تم عقد البيع مثلا ثبتت الملكية للمشترى ولا يجوز رفع هـذه الملكية الا بدليل جديد يعتمد على مسوغ لرفع هـذه الملكية ، ومتى ما تم عقد الزواج حل نكاح المرأة ولا يرفع هـذا الحل بعد ذلك الا بطارىء جديد ، واذا شغلت الذمة بدين فانها تظل مشغولة به الى أن يقوم دليل على براءتها .

فكل حالة من الحالات السابقة مبنية على حكم شرعى ثابت ولابد من اعمال هذا الحكم الى أن يرد دليل مغير ... وهذا الصنيع (وهو اسـتمرار حكم الشرع الثابت) ضرب من ضروب الاستصحاب لأننا استصحبنا الحكم الشرعى السابق وهـذا النوع من أنواع الاستصحاب لا خلاف فى وجوب العمل به الى أن يثبت دليل معارض .

غير أن هذا النوع نلاحظ فيه أن الحكم لا يكون ثابتا بالاستصحاب بقدر ما هو ثابت بالدليل السابق الموجود فادخاله فى باب الاستصحاب من باب التأكيد أو التوسع فى الاطلاق .

---

(٧) البقرة : ٢٩ (٨) الأعراف : ٣٢

٣ ــ استصحاب العدم الأصلى :

يعنى هذا النوع نفى ما يمكن أن يكون العقل نافيا له ولم يثبته الشرع كوجوب صوم رجب أو شعبان ووجوب صــلاة سادسة فان الاستصحاب يقضى بعدم وجوب كل ذلك لأن الأصل فيها العدم وعدم الوجوب ولا يكون وجوبها الا بدليل ويعد هذا النوع من الاستصحاب حجــة بالاجماع عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع وهم جمهــور أهل الســنة ٠

٤ ــ استصحاب الحكم الثابت بالاجماع :

يقصد بهذا الضرب من الاستصحاب أنه اذا حدث اجماع على حكم مسألة ثم تغيرت صفة هذه المسألة وكانت بعد ذلك محل خلاف فيستدل فريق باستصحاب الأجماع السابق فيها ، ومثاله اجماع الفقهاء على صحة الصلاة عند فقد المــاء بالتيمم اذا استمر على ذلك ولم ير ماء ، أما اذا رأى المــاء فى أثناء الصــلاة فهل تبطل الصــلاة ويستأنفها بالوضوء أم لا ؟

قال المحتجون باستصحاب الاجماع ــ ومنهم الامام الشافعى : لا تبطل الصلاة وانما يتمها ، لأن الاجماع منعقد على صحتها قبل رؤية الماء فيستصحب حال الاجماع الى أن يدل دليل على أن رؤية المــاء مبطلة ، لأن الدليل الدال على صحة الشروع فى الصلاة دال على دوامه الى أن يقول دليل على الانقطاع ، وقال المانعون ــ ومنهم الامام أبو حنيفة : تبطل الصلاة ولا اعتبار بالاجماع على صحة الصلاة قبل رؤية المــاء فان الاجماع انعقد فى حالة العدم لا فى حالة الوجود ومن أراد الحاق العدم بالوجود فعليه الدليل ٠

ومثاله أيضا قول الظاهرية بجواز بيع أم الولد لأن الاجماع انعقد على جواز بيع هــذه الجارية قبل أن يستولدها سيدها ، فيظل هــذا الاجماع مستمر الحكم بعد الاستيلاد بمقتضى استصحاب الحال ، لأن الولادة لم تزل هــذا الاجماع ٠

والجمهور على عدم جواز الاستدلال بهذا النوع من الاستصحاب الا اذا اقتضى القياس الحاق الحالة بما قبلها ، لأن انعقاد الاجماع كان على صـــفة .

وقد تغيرت هذه الصـــفة فليس هنـــا ما يستصحب لأن شرط الاستصحاب بقاء الحال على الصـــفة التى كانت وقت الحكم فاذا تغيرت الصفة لابد من أن يتغير الحكم أو يكون الأمر على الأقل قابلا لذلك ..

وذهب الامام الشافعى وداوود الظاهرى الى عدم الاحتجاج بهذا النوع من الاستصحاب وعمدتهم فى ذلك أن المتمسك بالاستصحاب باق على الأصل فلا يجب عليه الانتقال عنه الا بدليل جديد[٩] ..

٥ ــ استصحاب العموم الى أن يرد تخصيص ، والنص الى أن يرد ناســـخ :

معنى هـــذا النوع أنه اذا ورد نص عام فان مقتضى هـــذا العموم يستمر استصحابا للحال الى أن يرد نص مخصص له ، واذا جاء نص فان هـــذا النص يعتبر محكما باستصحاب الحال الى أن يرد الناسخ له .

ويدخل هذا النوع فى عداد الاستصحاب عند جمهور الأصوليين ، ويمنع امام الحرمين وآخرون عده فى باب الاســـتصحاب لأن ثبوت العموم فى مثل هـــذه الحال وكذلك كون النص محكما ذلك راجع الى طبيعة النص نفسه وليس وليد عامل خارجى ..

* * *

● موقع الاستصحاب بين الأدلة الشرعية الأخرى :

والاستصحاب هو آخر الأدلة الشرعية التى يلجأ اليها المجتهد بحكم أنه ابقاء لمـــا هو قائم فاذا سئل المجتهد عن حكم مسألة يطلب حكمها فى الكتاب ثم السنة ثم الاجماع والقياس وأدلة الاجتهاد الأخرى

---

(٩) راجع ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٠٩ ، والوسيط فى أصول الفقه الاسلامى للدكتور وهبة الزحيلى ص ٤١٧ وما بعدها .

فاذا لم يجد لها حكما فى تلك الأدلة يرجع بعد الى الاستصاب ، يقول الخوارزمى : « وهو آخر مدار الفتوى فان المفتى اذا سئل عن حادثة يطلب حكمها فى الكتاب ثم فى السنة ثم الاجماع ثم فى القياس فان لم يجده يأخذ حكمها من استصحاب الحال فى النفى والاثبات فان كان التردد فى زواله فالأصل بقاءوه وان كان التردد فى ثبوته فالأصل عدم ثبوته »(١٠) .

* * *

● **أقوال العلماء ومذاهبهم فى حجية الاستصحاب :**

للعلماء فى حجية الاستصحاب فى عمومه مذهبان :

١ — مذهب أكثر المتكلمين الذين يذهبون الى أنه ليس بحجة ويعللون ذلك بأن ثبوت الحكم فى الزمن الأول يحتاج الى الدليل فكذلك فى الزمن الثانى .

٢ — مذهب الجمهور (الشافعية والحنابلة والظاهرية والحنفية والمالكية) أن الاستصحاب حجة واستدلوا على ذلك بأدلة :

(أ) أن الأمر الذى ثبت اذا لم يقم دليل بزواله لا قطعا ولا ظنا فانه يلزم الظن ببقائه كما كان والعمل بالظن واجب فى الأمور العملية .

(ب) أن البقاء الشأن فيه أن يكون راجحا على العدم واذا كان راجحا فيجب العمل به اتفاقا ، ورجحان البقاء على العدم مبنى على أن العدم يحتاج الى سبب جديد يحدث به والبقاء لا يحتاج الى ذلك وما لا يفتقر الى شىء أرجح مما يفتقر فيكون البقاء أرجح من العدم .

(ج) أن الاجماع قد قام على الاعتداد بالاستصحاب فى كثير من المسائل الفقهية كبقاء الوضوء والزوجية والملك عند وجود الشك فى رافعها .

---

(١٠) ارشاد الفحول ص ٢٠٨

هــذا ، والجمهور بعد اتفاقهم على الأخذ بمبدأ الاستصحاب فى الأساس اختلفوا فيه من وجهة أنه هل هو دليــل يصلح للدفع والاثبات ، أم يصلح للدفع فقط ؟

فذهب الحنفية والمــالكية الى أن الاستصحاب دليل ضعيف يصلح للدفع ولا يصلح للاثبات أى أنه يصلح دليــلا دارئا يمنع من خروج الملك من صاحبه ولا يصلح لادخال شىء فى ملكه .

وذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الى أن الاستصحاب دليل قوى يصلح للدفع والاثبات فهو يمنع خروج الشىء من ملك صاحبه ويثبت أيضا الحقوق قبل الغير فهو دليل ايجابى عندهم .

وقد ترتب على اختلاف الشافعية ومن تبعهم من جهة ، والحنفية ومن شايعهم من جهة أخرى ، ترتب على اختلافهم فى ذلك ، اختلافهم فى المفقود وهو الذى غاب عن بلده ولم يعرف أثره فالمفقود يعتبر حيا استصحابا للحال وعند الشافعية ومن تبعهم يثبت له استصحاب حياته أن يرث غيره فى مدة فقده فاذا مات قريب له الشأن فيه أن يرثه فانه يرثه لأنه حى استصحابا ، وكذلك تثبت له الوصايا وكل الحقوق — وكذلك تظل أملاكه تحت يده ، لأن الاستصحاب عندهم دليل قوى صالح للدفع وهو دفع خروج ملكه من يده ، وصالح للاثبات أى اثبات حقوقه قبل الغير .

أما الحنفية والمــالكية فلا يثبتون له الارث والوصايا وكل الحقوق المترتبة على حياته حال فقده فاذا مات قريب له فلا يرثه ، وكذلك لا تثبت له الوصايا حال فقده الخ .. أما الذى يثبت له فهو فقط حقوقه التى كانت على ذمته قبل فقده ، وبناء على ذلك تبقى أملاكه تحت يده ولا يجوز لأحد أخذها بارث أو غيره ، وهذا معنى أن الاستصحاب عندهم دليل ضعيف يصلح للدفع أى منع خروج الأملاك من ملك المفقود لأن حياته باقية استصحابا للحال ، ولا يصلح للاثبات أى لا يثبت له حقوقا قبل الغير كارث أو وصية أو نحو ذلك .

* * *

● **القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب :**

استخرج الفقهاء عدة قواعد فقهية مبنية على دليل الاستصحاب وهى :

(أ) الأصل فى الأشياء الاباحة :

وبناء عليها يحكم بصحة كل عقد أو تصرف أو حيوان أو نبات لم يرد عن الشارع دليل على فساده وحرمته ..

(ب) الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره :

ومن فروعها أن نفقة الزوجة على زوجها بناء على ما قرره الشرع فاذا ادعت الزوجة عدم دفع زوجها النفقة لها فالقول قولها لأن الأصل بقاء النفقة فى ذمة الزوج ، وكذلك لو ادعى أحد المتعاقدين أنه أتم العقد تحت وطأة اكراه فالقول قول من يدعى عدم الاكراه ، لأن الأصل صحة العقد ووقوعه بالارادة الحرة دون عدم الاكراه .

(جـ) الأصل فى الذمة البراءة :

وينبنى على هذه القاعدة أن من ادعى دعوى على آخر دين أو اتلاف مال فالأصل براءة ذمة المدعى عليه ، ولهذا كانت البينة على المدعى وطولب بها .

(د) اليقين لا يزول بالشك :

ويبنى عليها أن من تيقن الوضوء وشك فى الحدث يحكم ببقاء وضوئه ، ومن أكل آخر الليل وشك فى طلوع الفجر صح صومه ، لأن الأصل بقاء الليل وهو متيقن والفجر مشكوك فيه [11] .

* * *

---

(11) راجع فى هذه القواعد الأشباه والنظائر للسيوطى والأشباه والنظائر لابن نجم ومجلة الأحكام العدلية .

الفصل السادس

قول الصحابى

يحسن بنا قبل الدخول فى دراسة هذا الدليل أن نحدد من هو الصحابى ؟ .

الصحابى — عند الأصوليين — هو من طالت صحبته للنبى ﷺ وكثرت مجالسته له مع التتبع له والأخذ عنه[1] .

وقد باشر أصحاب الرسول ﷺ مهمة الفتيا عقب انتهاء الوحى وبوفاته ﷺ ، اذ بوفاته انقطع الوحى وانتقلت سلطة قيادة الأمة الى أصحابه سياسة وتشريعا فأدى ذلك الى أن نؤثر عنهم كثير من الفتاوى والأقوال فى شتيت من المسائل التى عرضت لهم . فهل ما صدر عنهم من فتاوى وأقوال — وهو ما يطلق عليه أصولا قول أو فتوى أو مذهب الصحابى أو أقوال الصحابة وفتاواهم — ملزم أو ليس بملزم ؟ .

اتفق الأئمة المجتهدون على لزوم الأخذ بقول الصحابى فى المسائل التى لا مجال للرأى والنظر فيها ، لأن ذلك من قبيل الخبر التوقيفى عن الرسول ﷺ فى مثل هذه الأحوال ومثلوا لذلك بما روى عن السيدة عائشة — رضى الله عنها — أن الحمل لا يمكث فى بطن أمه أكثر من سنتين وبما روى عن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — أن أقل الحيض ثلاثة أيام كما اتفقوا على الأخذ بقول الصحابى الذى يكون فى محل يقبل الاجتهاد لكن لم يعرف لهذا الصحابى فيه مخالف مع اشتهاره بين الصحابة رضوان الله عليهم فان ذلك يكون من باب اجماعهم على الحكم كتوريث الجدات السدس ، وكما اتفقوا على الأخذ

---

(١) راجع مسلم الثبوت ١٥٨/٢ والاحكام فى أصول الأحكام للآمدى ١٣٠/٢

بفتوى الصحابى فى المواطن السابقة كذلك اتفقوا على أن فتوى الصحابى ليست بحجة على صحابى آخر اذا كانت من الفتاوى الاجتهادية .

واستدلوا على ذلك بأن الصحابة اختلفوا فى كثير من المسائل الاجتهادية ولم يكن أحدهم يلزم الاخر بفتواه ، روى عن سيدنا عمر — رضى الله عنه — أنه لقى رجلا فقال : ما صنعت ؟ فقال : قضى على وزيد بكذا ، قال : لو كنت أنا لقضيت بكذا ، قال : ما يمنعك والأمر اليك . قال : لو كنت أردك الى كتاب الله أو سنة نبيه لفعلت ، لكنى أردك الى رأى والرأى مشترك[٢] .

وجاء عن ابن عباس أنه أرسل الى زيد بن ثابت يسأله : أفى كتاب الله ثلث ما بقى ؟ فقال : أنا أقول برأيى وتقول برأيك[٣] .

أما قول الصحابى فى المسائل التى فيها مجال للرأى والاجتهاد بالنسبة للتابعين ومن بعدهم فهذا هو محل النزاع ، وقد اختلف فيه الأصوليون الى مذاهب :

أولها : أنه ليس بحجة مطلقا واليه ذهب الجمهور من الأشاعرة والمعتزلة والشيعة والشافعى فى قول والامام أحمد فى رواية عنه .

ثانيها : أنه حجة شرعية مقدمة على القياس وبه قال أكثر الحنفية ونقل عن الامام مالك وهو قول الشافعى فى القديم ، وفى رواية عن الامام أحمد وهى الراجحة فى مذهبه .

ثالثها : أنه حجة اذا انضم اليه القياس فيقدم حينئذ على قول صحابى آخر وهو ظاهر قول الامام الشافعى فى الرسالة .

رابعها : أنه حجة اذا خالف القياس لأن مخالفته للقياس دليل على أنه ناتج عن سماع ...

وللحنفية تفصيل فى الموضوع لا يخرج فى جملته عما أوردناه سابقا فقد قالوا ان قول الصحابى أو فعله اذا كان مما لا يدرك بالعقل

(٢) اعلام الموقعين لابن القيم ١/٧٤
(٣) المرجع السابق ١/٧٢

ولا مجال للرأى فيه فانه يعتبر حجة لأنه يحمل على أنه سمعه من الرسول ﷺ ، أما مذهب ورأى الصحابى فى المسائل التى فيها مجال للرأى والاجتهاد فان اشتهر ولم يخالفه الصحابة الآخرون فيه يكون حجة ويعتبر من باب الاجماع السكوتى من الصحابة على الحكم ، وان لم يشتهر فليس بحجة على أحد من الصحابة المجتهدين الذين هم فى عصره ، واختلفوا فى حجيته على من هم بعد الصحابة من التابعين وغيرهم فقيل انه حجة لأن احتمال السماع من الرسول ﷺ أرجح ، وقيل ليس بحجة لأن احتمال السماع ليس براجح لأن الصحابة كانوا يجتهدون والاجتهاد عرضة للخطأ ولو كان لدى الصحابى نقل لصرح به ....

* * *

● **أدلة الذين ذهبوا الى أن قول الصحابى ليس بحجة :**

اعتمد القائلون بأن قول الصحابى ليس بحجة على أدلة هى :

(١) قوله تعالى : « **فاعتبروا يا أولى الأبصار** »[٤] فالله سبحانه وتعالى فى هذه الآية يأمر أولى الأبصار بالاعتبار ، والاعتبار يعنى العبور من حالهم الى حال غيرهم وما يترتب على ذلك من أنهم ان فعلوا مثل غيرهم فسوف يلحقهم ما لحقهم ، والاعتبار بهذا المعنى يعنى الاجتهاد وتحريك الذهن من حال الى حال ، والاجتهاد ينافى التقليد والعمل بفتوى الصحابى فيه تقليد له فلا يكون حجة بنص الآية .

(٢) اجماع الصحابة ، فقد أجمع الصحابة على جواز مخالفة أحدهم للآخر فلو كان قول الصحابى منهم حجة لما جاز للآخر مخالفته ولوجب عليه اتباعه وقد نوقش هذا الدليل بأنه ليس فى محل النزاع لأن محل النزاع هو حجية فتوى الصحابى على التابعين ومن بعدهم لا على الصحابى الآخر .

(٣) المعقول ، وهو أن الصحابى مجتهد يجوز عليه من الخطأ ما يجوز على المجتهدين الآخرين ، فلا يكون مذهبه حجة ودليل لاحتمال الخطأ فيه .

---

(٤) الحشر : ٢

(٤) ما أثر عن الصحابة أنفسهم من انهم كانوا يقرون مخالفة التابعين لهم فى فتاواهم فقد أثر أن مسروق خالف ابن عبـــاس فى النذر بذبح الولد فأوجب فيه شاة مع أن ابن عباس أوجب فيه مائة من الابل وقال مسروق مستدلا لرأيه : ليس ولده خيرا من اسماعيل — فرجع ابن عباس الى قوله ..

* * *

● **أدلة القائلين بحجية فتوى الصحابى :**

استدل القائلون بحجية فتوى الصحابى بأدلة هى :

(١) قوله تعالى : « **كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر** »[٥] وهـــذا الخطاب للصحابة — رضوان الله عليهم — وهو يدل على أن ما يأمرون به من باب المعروف ، واتباع المعروف واجب فيكون الأخذ بفتوى الصحابى واجبا .

(٢) قوله ﷺ : « خير القرون القرن الذى أنا فيه »[٦] .

وقوله عليه السلام : «اقتدوا باللذين من بعدى : أبى بكر وعمر»[٧] وغير ذلك من الأحاديث الدالة على فضـــل الصحابة — رضـــوان الله عليهم — وتقديم رتبتهم .

(٣) المعقول ، وهو أن قول الصحابى انما جعل حجة لاحتمال السماع من الرسول ﷺ ، ولفضل صحبتهم له ومعرفتهم بأســـباب النزول والناسخ والمنسوخ مع فهمهم لمقاصد التشريع ومراميه وكل ذلك يجعل رأيهم أقرب للصواب وأبعد عن الخطأ ...

والراجح أن فتوى الصحابى فيما فيه مجال للرأى والاجتهاد ليست فى عمومها حجة لأن احتمال الخطأ فى الاجتهاد وارد ، وانما يمكن أن يرجح بها قول على آخر ، كما يمكن التخير من آراء الصحابة اذا اختلفوا

---

(٥) آل عمران : ١١٠ . (٦) رواه الستة الا مالكا .
(٧) حديث صحيح أخرجه الامام أحمد فى مسنده والترمذى وحسنه وابن ماجه عن حذيفة .

أخذا بما هو أوفق وأكثر تحقيقا للمصلحة والعدل . وفى هـذا يقول الشوكانى فى ارشاد الفحول بعد أن قرر العلماء فى فتوى الصحابى :

« والحق أنه ليس بحجة فان الله لم يبعث لهذه الأمة الا نبينا محمد ﷺ وليس لنا الا رسول واحد وكتاب واحد ، وجميع الأمة مأمورة باتباع كتابه وسنة نبيه ، لا فرق بين الصحابة ومن بعدهم فى ذلك فكلهم مكلفون بالتكاليف الشرعية وباتباع الكتاب والسنة فمن قال انها تقوم الحجة فى دين الله عز وجل بغير كتاب الله وسنة رسوله وما يرجع اليهما فقد قال فى دين الله بمـا لا يثبت وأثبت فى هـذه الشريعة الاسلامية شرعا لم يأمر الله به وهـذا أمر عظيم وتقول بالغ فان الحكم لفرد أو أفراد من عباد الله بأن قوله أو أقوالهم حجة على المسلمين يجب عليهم العمل بها وتصير شرعا ثابتا متقررا تعم به البلوى مما لا يدان الله عز وجل به ولا يحل لمسلم الركون اليه ولا العمل عليـه فان هـذا المقام لم يكن الا لرسل الله الذين أرسلهم بالشرائع الى عباده لا لغيرهم وان بلغ فى العلم والدين عظم المنزلة أى مبلغ ، ولا شك أن مقام الصحبة مقام عظيم ولكن ذلك فى الفضيلة وارتفاع الدرجة وعظمة الشأن وهـذا مسلم لا شك فيه ، ولهذا مد أحدهم لا يبلغه من غيرهم الصدقة بأمثال الجبال ولا تلازم بين هـذا وبين جعل كل واحد منهم بمنزلة رسـول الله ﷺ فى حجية قوله والزام الناس باتباعه فان ذلك مما لم يأذن الله به ولا ثبت عنه فيه حرف واحد »[٨] .

* * *

(٨) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢١٤

الفصل السابع

شرع من قبلنا

يقصد بشرع من قبلنا الأحكام التى شرعها الله للأمم السابقة على أمتنا وجاء بها أنبياؤهم كشريعة ابراهيم وموسى وعيسى ، فهل تعتبر تلك الأحكام شرع لنا كما هى شرع لمن سبقنا من الأمم ؟

لابد لنا — بادىء ذى بدء — من أن نقرر بين يدى الحديث عن هذا الدليل أن شرع من قلبنا لا يخلو فيه الحال من أحد أمور ثلاثة من ناحية نقله :

أولا : أن ينقل الينا فى كتب الشرائع السابقة نفسها •

ثانيا : أن ينقل الينا على ألسنة أتباع تلك الشرائع •

ثالثا : أن يأتينا فى القرآن الكريم أو السنة النبوية •

فاذا أتانا وفق الصورتين الأوليين فلا يؤخذ به باتفاق بين الفقهاء المسلمين وذلك لأن كتب تلك الشرائع دخلها كثير من التحريف وبناء على ذلك فان ما جاء فيها ليس ثمة ثقة فى صحته ، كما أن نقل هاته الشرائع على ألسنة أتباعها لا يعتبر حجة علينا نحن المسلمين ، لأن شريعة المسم لا تنقل اليه عن طريق غير المسلم •

بقى — بعد ذلك — الاحتمال الثالث وهو أن تنقل الينا فى القرآن الكريم أو السنة وهى فى هذه الحال أيضا تعتريها ثلاثة أحوال :

١ — أن تنقل الينا وينقل معها ما يدل على أنها ليست مشروعة فى حقنا وانما منسوخة فتكون منسوخة وذلك كقوله تعالى فى شأن المحرمات من المطعومات على اليهود : « **وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ، ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما**

أو الحوايا[1] **أو ما اختلط بعظم،ذلك جزيناهم ببغيهم، وانا لصادقون**»[2]
فقد بين الله فى هــذه الآية المحرمات على اليهود والتغليظ فى التحريم عليهم واضــح فى الآية ومرد ذلك ظلمهم وخروجهم على شرع الله وقتلهم الأنبياء بغير حق ، وصدهم عن سبيل الله ، وأكلهم الربا .

وقد ذكر القرآن بالنسبة للمسلمين أنه ام يحرم عليهم ما حرمه على اليهود وذلك فى قوله تعالى : « **قل لا أجد فى ما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به** »[3] ومن هــذه الآية نلاحظ أن دائرة التحريم على المسلمين لا تشمل ما حرم على اليهود فيكون ما حرم على اليهود منسوخا فى حق المسلمين .

ومن أمثلة هــذا النوع قول الرسول ﷺ : « أحلت لى الغنائم ولم تحل لأحد قبلى » فى هــذا الحديث يبين الرسول ﷺ أن الغنائم أحلت للرسول ﷺ حال الحرب ولم تكن حلالا فى الشرائع الســابقة وفى هــذا دلالة على نســخ الحكم الذى كان قبل ذلك بالنســبة للأمة الاســلامية .

٢ — أن تنقل الينا ويأتى معها ما يدل على أنها مشروعة فى حقنا فتكون مشروعة فى حقنا بالدليل الدال على مشروعيتها لا باعتبار أنها شرائع للأمم السابقة ومن أمثلة ذلك قوله تعالى فى شأن تشريع الصوم : « **يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون** »[4] .

ومن أمثلته أيضا قول الرسول ﷺ فى شأن الأضحية : « ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم » فالرسول ﷺ يأمرنا بالأضحية ويبين لنا أنها سنة أبينا ابراهيم واستنادا الى ما سلف فان كلا من الصــوم والأضحية مشروع بالدليل الدال عليــه مع وروده أيضا فى الشرائع السابقة بشهادة القرآن والسنة على ذلك ...

---

(١) أى الأمعاء .
(٢) الأنعام : ١٤٦
(٣) الأنعام : ١٤٥
(٤) البقرة : ١٨٣

٣ — أن تنقل الينا فى القرآن أو السنة ولا ينقل معها ما يدل على أنها مشروعة فى حقنا أو ليست بمشروعة فهى مطلقة عن الاقرار أو النسخ وانما وردت فقط على سبيل الحكاية كقوله تعالى حاكيا عن التوراة : « **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص** »[٥] وهذا النوع هو محل النزاع بين العلماء وهو الذى ينصرف اليه اطلاق شرع من قبلنا حينما يطلق — هذا وآراء العلماء فيه على النحو التالى :

١ — مذهب جمهور الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية والمالكية وبعض المتكلمين الذين يرون أن مثل هذه الأحكام لا تكون مشروعة فى حقنا نحن المسلمين ولا يجب علينا اتباعها مادام أنه لم يرد فى شريعتنا ما يقرها ودليلهم على ذلك :

(أ) أن الأصل فى الشرائع السابقة الخصوص وفى الشريعه الاسلامية العموم وبناء على ذلك فهى ناسخة لما سبقها من الشرائع ٠

(ب) بقوله تعالى : « **لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا** »[٦] والآية تدل على أن لكل أمة شرعها ومنهاجها فتكون كل أمة مختصة بالشريعة التى جاء بها نبيها ٠

٢ — مذهب بعض أصحاب أبى حنيفة وبعض المالكية وبعض أصحاب الشافعى والامام أحمد — فى احدى الروايتين عنه — الذين يرون أن هذه الأحكام تكون مشروعة فى حق المسلمين ويجب عليهم اتباعها ما دام أنها قد وردت فى شرعنا ولم يرد معها دليل يدل على نسخها فتكون مقررة ضمنا علينا ، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى : « **شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا اليك وما وصينا به ابراهيم وموسى وعيسى ، أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه** »[٧] ٠

وبقوله تعالى : « **ثم أوحينا اليك أن اتبع ملة ابراهيم حنيفا** »[٨] والأمر فى الآية الأخيرة للوجوب فتكون الشرائع السابقة ملزمة لنا ...

(٥) المائدة : ٤٥ — (٦) المائدة : ٤٨
(٧) الشورى : ١٣ — (٨) النحل : ١٢٣

هـذا وقد بنى القائلون بحجية شرع من قبلنا وفق الكيفية السابقة عليه فجملة أحكام :

(أ) ما قال به الحنفية من أن المسلم يقتل بالذمى استنادا الى قوله تعـالى : « **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** »[9] الواردة فى التوراة بشأن اليهود .

(ب) ما قال به بعض الفقهاء من جواز القسمة بالمهايأة وهى قسمة المـال المشترك على وجه يتأتى معه انتفاع كل واحد من الشركاء به مدة معينـة بقوله تعـالى : « **ونبئهم أن المـاء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر** »[10] فى سيدنا صالح وقومه بشأن ناقته .

(جـ) ما استدل به المـالكية والحنابلة والشـافعية على جواز الجعالة من قوله تعالى : « **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** »[11] فى شأن صواع الملك فى قصة نبى الله يوسف عليه السلام .

والذى تطمئن اليه النفس الأخذ بشرع من قبلنا المنقول الينا نقلا صحيحا اذا لم يوجد دليل يتناقض معه فى شريعتنا يؤيد ذلك أن النبى ﷺ كان يحب موافقة أهل المدينة فيما لم ينزل عليه بشأنه حكم كما فى صوم عاشوراء ، وما ثبت عن ابن عباس أن النبى ﷺ سجد سجدة التلاوة فى قوله تعالى : « **وظن داوود أنما فتناه فاستغفر ربه وخر راكعا وأناب** »[12] ، ثم قرأ قوله تعالى : « **أولئك الذين هدى الله ، فبهداهم اقتده** »[13] .

* * *

(٩) المـائدة : ٤٥
(١٠) القمر : ٢٨
(١١) يوسف : ٧٢
(١٢) سورة ص : ٢٤
(١٣) الأنعام : ٩٠

مراجـــع الكتـــاب (*)

أولا ــ كتب التفســير :

١ ــ أحكام القرآن ــ الجصاص ــ (أبو بكر احمد بن على الرازى الجصاص الحنفى ت ٣٧٠ هـ) مطبعة الأوقاف ١٣٣٥ هـ .

٢ ــ أحكام القرآن ــ ابن العربى ــ (أبو بكر محمد عبد الله بن محمد ت ٥٤٣ هـ) الطبعة الثانية ــ الحلبى .

٣ ــ الجامع لأحكام القرآن ــ القرطبى ــ (أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصارى القرطبى ت ٦٧١ هـ) طبعة دار الكتب ١٣٨٢هـ ــ ١٩٦٢م .

ثانيا ــ كتب الحـديث :

١ ــ جامع الترمذى مع تحفة الأحوذى ــ الترمذى ــ (أبو عيسى محمد بن عيسى السلمى ت ٢٧٩ هـ) طبعة الهند .

٢ ــ الجامع الصــغير ــ السيوطى ــ (جلال الدين محمــد بن عبد الرحمن السيوطى الشافعى ت ٩١١ هـ) دار الطباعة العامرة ادارة حسين بك حسنى ١٢٨٦ هـ .

٣ ــ صحيح البخارى مع عمدة القارى ــ البخارى ــ (أبو عبد الله محمــد بن اســماعيل البخــارى ت ٢٥٦ هـ) ادارة المطبعــة الأميرية وطبعــة الخيرية .

٤ ــ صــحيح مسلم مع شرح النووى ــ مسلم ــ (الامام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى ت ٢٦١ هـ) الطبعــة الأولى المصرية بالأزهر ١٣٤٧ هـ ــ ١٩٢٩ م .

٥ ــ مسـند الامام أحمد بن حنبل ــ (الامام احمد بن محمد بن حنبل ت ٢٤١ هـ) المطبعة الميمنية ١٣١٣ هـ وطبعة دار المعارف ١٩٥٤ م .

(*) راعيت فى ترتيب المراجع الترتيب الهجائى مع فصل مراجع كل فن عن الآخر ، والمراجع القديمة عن المراجع الحديثة .

٦ ـ الموطأ بشرح السيوطى ـ مالك ـ (الامام مالك بن أنس الأصبحى ت ١٧٩ هـ) طبعة المطبعة التجارية مع تنوير الحوالك ٠

٧ ـ نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية ـ الزيلعى ـ (الامام جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى ت ٧٦٢ هـ) الطبعة الأولى دار المأمون ١٣٥٧ هـ ـ ١٩٣٨ م ٠

ثالثا ـ كتب أصول الفقه (مراجع اساسية) :

١ ـ الأحكام فى أصول الاحكام ـ الآمدى ـ (الامام سيف الدين أبو الحسن على بن أبى بكر بن على بن محمد الآمدى ت ٦٣١ هـ) طبعة دار الكتب وطبعة صبيح وطبعة دار الكتب العلمية بلبنان ٠

٢ ـ ارشاد الفحول ـ الشوكانى ـ (محمد بن على بن محمد الشوكانى ت ١٢٥٥ هـ) طبعة صبيح ٠

٣ ـ الاشارات ـ الباجى ـ (سليمان بن خلف بن سعد القرطبى ت ٤٧٤ هـ) الطبعة الثانية المطبعة التونسية ٠

٤ ـ أصول السرخسى ـ السرخسى ـ (أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسى ت ٤٩٠ هـ) نشر لجنة احياء المعارف النعمانية طبع دار الكتاب العربى ١٣٧٢ هـ ٠

٥ ـ الاعتصام ـ الشاطبى ـ (ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطى الشاطبى ت ٧٩٠ هـ) طبعة السعادة ٠

٦ ـ حاشية العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع ـ العطار ـ (الشيخ حسن العطار ت ١٢٥٠ هـ) مطبعة مصطفى محمد ٠

٧ ـ روضة الناظر وجنة المناظر ـ ابن قدامة ـ (موفق الدين بن عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلى ت ٦٢٠ هـ) المطبعة السلفية ٠

٨ ـ شرح التلويح على التوضيح ـ التفتازانى ـ (سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى ت ٧٩٢ هـ) طبعة صبيح ٠

٩ ـ شرح تفتيح الفصول فى الأصول ـ القرافى ـ (شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس القرافى المالكى ت ٦٨٤ هـ) المطبعة الخيرية ١٣٠٦ هـ ٠ الطبعة الأولى ٠

١٠ ــ شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب ــ العضد ــ (عبد الرحمن بن احمد الايجى ت ٧٥٦ هـ) الطبعه الاولى الاميريه ببولاق ، طبعه محبه الحليات الازهريه ٠

١١ ــ كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام البزدوى ــ البخارى ــ (عبد العزيز بن احمد بن محمد البخارى ت ٧٣٠ هـ) طبعة الشركة الصحيفة العثمانية ٠

١٢ ــ المستصفى ــ الغزالى ــ (الامام أبو حامد محمد بن محمد ابن محمد الغزالى ت ٥٠٥ هـ) الطبعة الاولى الاميرية ببولاق ٠

١٣ ــ مسلم الثبوت ــ ابن عبد الشكور ــ (محب الدين بن عبد الشكور ت ١١١٩ هـ) بهامش المستصفى الاميرية ببولاق ٠

١٤ ــ الموافقات ــ الشاطبى ــ (ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الشاطبى ت ٧٩٠ هـ) طبعة بتحقيق الشيخ دراز وطبعة صبيح بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد ٠

١٥ ــ نهاية السول فى شرح منهاج الأصول ــ الأسنوى ــ (جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوى الشافعى ت ٧٧٢ هـ) طبعة صبيح ، وطبعة بهامش التقرير والتحبير الأميرية ببولاق ٠

● **كتب حديثة فى علم أصول الفقه :**

١ ــ أصول الأحكام وطرق الاستنباط فى التشريع الاسلامى ــ الكبيسى ــ (الأستاذ الدكتور حمد عبيد الكبيسى) طبعة الجامعة المستنصرية ٠

٢ ــ أصول التشريع الاسلامى ــ حسب الله ــ (الأستاذ المرحوم الشيخ على حسب الله) طبعة دار المعارف ٠

٣ ــ أصول الفقه ــ الخضرى ــ (الأستاذ المرحوم الشيخ محمد الخضرى) التجارية ٠

٤ ــ أصول الفقه ــ ابو زهرة (الأستاذ المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة) مطبعة مخيمر ٠

٥ ـ أصول الفقه الاسلامى ـ الزحيلى ـ (الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلى) دار الفكر ٠

٦ ـ تعليل الأحكام ـ شلبى ـ (الأستاذ الدكتور الشيخ محمد مصطفى شلبى) طبعة الأزهر ١٩٤٧ م ٠

٧ ـ ضوابط المصلحة فى الشريعة الاسلامية ـ البوطى ـ (الأستاذ الدكتور سعيد محمد سعيد رمضان البوطى) مطبعة العلم بدمشق ١٣٨٧ هـ ١٩٦٧ م ٠

٨ ـ علم أصول الفقه ـ خلاف (الأستاذ المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف) طبعة دار القلم ٠

٩ ـ الوسيط فى علم أصول الفقه ـ الزحيلى ـ (الأستاذ الدكتور وهبة مصطفى الزحيلى) مطبعة جامعة دمشق ٠

رابعا ـ كتب الفقه وقواعد الفقه :

١ ـ الأم ـ الامام الشافعى ـ (أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ت ٢٠٤ هـ) طبعة الشعب عن الطبعة الأميرية ببولاق ٠

٢ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ ابن رشد الحفيد ـ (محمد بن احمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى ت ٥٩٥ هـ) طبعة الاستقامة وطبعة الحلبى ٠

٣ ـ تخريج الفروع على الأصول ـ الزنجانى ـ (أبو المناقب محمود بن أحمد بن محمود بن شهاب الدين ت ٦٥٦ هـ) مطبعة جامعة دمشق تحقيق الأستاذ الدكتور محمد أديب صالح ٠

٤ ـ الجامع الكبير ـ الشيبانى ـ (الامام أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيبانى ت ١٨٩ هـ) مطبعة الاستقامة ٠

٥ ـ شرح الزرقانى على مختصر خليل ـ الزرقانى ـ (عبد الباقى ابن يوسف بن أحمد الزرقانى ت ١٠٩٩ هـ) طبعة محمد أفندى مصطفى ٠

٦ ـ شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك ـ طبعة عبد الحميد أحمد حنفى ٠

٧ ـ **الفروق ـ القرافى** ـ (شهاب الدين ابو العباس **احمد بن** ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى ت ٦٨٤ هـ) الطبعة الأولى مطبعة دار احياء الكتب العربية ١٣٤٤ هـ .

٨ ـ المقدمات الممهدات ـ ابن رشد الجد ـ (ابو الوليد محمد بن أحمد بن رشـد ت ٥٢٠ هـ) مطبعة المثنى ببغداد ١٩٧٠ م **مصورة عن الطبعة القـديمة** .

٩ ـ المنتقى ـ الباجى ـ (ابو الوليـد سليمان بن خلف الباجى ت ٤٩٤ هـ) الطبعة الأولى مطبعة السعادة ١٣٣١ هـ .

خامسا ـ كتب متنوعة :

١ ـ اعلام الموقعين ـ ابن القيم ـ (أبو عبد الله شمس الدين بن محمد بن قيم الجوزية ت ٧٥١ هـ) مطبعة الآداب والمؤيد ١٣١٧ هـ .

٢ ـ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ـ ابن القيم ـ طبعـة الآداب **والمؤيد** ١٣١٧ هـ .

٣ ـ مناقب الامام أبى حنيفة ـ المكى ـ (ابو المؤيد **الموفق** بن احمد المكى ت ٥٦٨ هـ) الطبعـة الأولى دائرة المعارف النعمانية فى الهنـد ١٣٢١ هـ .

* * *

محتويات الكتاب

الصفحة

الفصل الثالث : العـــرف
(٤٠ ـ ٤٧)

الفصل الرابع : سد الذرائع
(٤٨ ـ ٥٧)

الفصل الخامس : الاستصحاب
(٥٨ ـ ٦٦)

الصفحة

الفصل السادس : قول الصحابى
(٦٧ ـ ٧١)

الفصل السابع : شرع من قبلنا
(٧٢ ـ ٧٥)

* * *

رقم الايداع بدار الكتب المصرية ١٩٨٧/٤٠٩٤
الترقيم الدولى ٣-٩-١٠٩-٣٠٩-١٩٧٧

دار التوفيق النموذجية
للطباعة والجمع الآلى
الأزهر ٣ ميدان الموصلى
جبل جامع الكحلاء